



TITLE:

# ROMAHOPEDIA (ローマ法便覧) 第五部

AUTHOR(S):

柴田, 光蔵

---

CITATION:

柴田, 光蔵. ROMAHOPEDIA (ローマ法便覧) 第五部. 2018

ISSUE DATE:

2018-04

URL:

<http://hdl.handle.net/2433/230845>

RIGHT:

## 古代ローマの法技術

### 目次

- (Ⅰ) 法技術総論
- (Ⅱ) 法技術各論
  - (一) ローマ流制度運用術
  - (二) 学説法
  - (三) 形式行為
  - (四) 書式制
  - (五) 養子縁組
  - (六) 後見
  - (七) 婚姻立法
  - (八) 嫁資
  - (九) 特有財産
  - (一〇) 奴隷解放
  - (一一) 相隣関係
  - (一二) 役権
  - (一三) 時効と「三夜の権」
  - (一四) 自然債務
  - (一五) 無償行為
  - (一六) 危険への対応
  - (一七) 保証
  - (一八) 利息
  - (一九) 按察官の功績
  - (二〇) 加害者委付
  - (二一) 窃盗
  - (二二) 人格権侵害
  - (二三) 不法侵害
  - (二四) 債権者侵害
  - (二五) 二倍額責任
  - (二六) 無過失責任
  - (二七) 諾成契約
  - (二八) 組合

- (二九) 信託
- (三〇) 債権譲渡
- (三一) 訴権
- (三二) 法律訴訟
- (三三) 方式書
- (三四) 身体執行
- (三五) 特示命令と占有
- (三六) 悪意の訴権
- (三七) 悪意の抗弁
- (三八) 特別審理手続
- (三九) 養子皇帝制
- (四〇) 身分闘争
- (四一) ローマ共和政の残像
- (四二) 刑事法
- (四三) 立法技術論

### (Ⅲ)「タテマエ」と「ホンネ」を駆使した法技術

- (一) 法学者と弁論家
- (二) ローマ市民法のタテマエとホンネ
- (三) 共和政ローマのタテマエとホンネ
- (四) 方式行為と無方式行為
- (五) 権力による支配と権威による支配
- (六) 代理制の不存在と代理的な制度の存在
- (七) 都市国家ローマと領域国家ローマ
- (八) ローマ政務官制度のタテマエとホンネ
- (九) ローマ市民権のタテマエとホンネ

・・・・・・・・・・

### (Ⅰ) 法技術総論

(1) まず、「法技術」という言葉・概念についてですが、これが、「法を編み出し、整理し、運用し、活用し、修正していくさいに発揮されるテクニック(技法)」を指すものとする、という前提で、以下の解説において話題を提供することにさせて頂きましょう。なお、理論的な見かたをすれば、「法技術」は「政治的な技術」と区別されるのですが、しかし、歴史上、第一級の「法の国」であると同時に、トップクラスの「政治の国」でもあったローマにあっては、これら両技術が交錯する局面も、各所に見られますので、「本編」では、「政治的

な技術」についても、いくらかは、言及することにいたします。厳密に言えば、「政治的な技術」には、「純粹に政治的な(ホンネ的な)、生状態の技術」と、「公法が取り仕切る場で生み出された、法的な(タテマエ的な)性格を具えた、洗練された技術」との二種が、あります。ローマでは、「私法」や「私法技術」は、高いレベルにまで整備されたのに対し、「公法」は、いわば「不文憲法」的な発想の下で運用されていたので、それには、「公法技術」といった、すっきりとした観点からではどうしても捉え切れない部分が、あります。実のところ、筆者は、「古代ローマの法技術」という、「本編」の作品の姉妹編として、できれば、「古代ローマの政治的な技術」というタイトルの小品を書き上げたいと念願しておりますが、二〇三〇年の段階で、八一歳を超えてしまった筆者の現状では、健康上、その仕事はあまりにも重すぎますので、本編では、とりあえず、その「政治的な技術」の片鱗に触れるだけにさせていただきます。

ところで、「法の国」ローマの「法技術」は、時代を超えて、後世へと伝えられていきます。西方のローマ(いわゆる「西ローマ」)が四七六年に消滅(滅亡)してから、はるか後の、一四世紀以降の中央ヨーロッパ世界の一部において、ローマ法が、「普通法」となったことや、一九世紀以降に、これが、いくつかの国の民法典のベースとして活用されたことなどにより、ローマ法は、「世界法」としての資格を与えられました。このように、「西洋古典古代」の、いわゆる「社会科学」系の文物が、後代においても存在感を示すというのは、まったく特異な「文化現象」と言わなければならないでしょう。

(2) さて、「古代ローマ」について、「法技術論」というテーマを設定しながら、分析を試みるさいには、何よりも、まず、この歴史国家が展開していた時代の「長さ」に眼を向ける必要が、あります。「西方のローマ」である「西ローマ」については、前七五三年と伝えられる建国の年から、後四七六年の消滅(滅亡)の年までの時期が、考察の対象となり、それから、「東方の新ローマ」として、「西方のローマ」と並び立つ存在になった「東ローマ」については、「帝国の、二部分への分割」が最終的に決定された後三九五年から、後一四五三年の滅亡の年までの時期が、考察の対象となります。その、歴史的な時代環境の中で、国家構造(その端的なかたちは、「政体」です)の変容に伴い、法のありかたにもさまざまな変化が見えてくるわけですが、その変化には、「前進」と「後退」という「凸凹現象」や、「復活」という、大掛かりな「後ろ向き現象」が、認められます。つまり、「万物は流転する」(これは、古代ギリシアの哲学者・ヘーラクレイトス作の、「神託」にも似た雰囲気醸し出している「箴言」です)のです。

(3) 「法」というものは、私見では、いわゆる「社会工学」の分析対象となる「人の営み」を規制する部門の一つです。これは、国家が運営されていくに

当たって活用・駆使される「技術体系」の中で、最大のものと位置付けてよいでしょう。「政治」はもちろんのこと、「経済」や「科学」なども、国家運営の場で、それぞれの技術を発揮して、重要な役割を担うことができるのですが、「硬質性」、「安定性」、「持続性」、「中立性」、「抽象性」、「客観性」、「観念性」、「利便性」などの要素を具える法の「技術性」には、抜群のものがあありますね。とりわけ、「抽象性」という要素についてですが、これが、後代においてローマ法の仕組が参照されたり援用されたりする現象の土台となっている、という歴史的な事情が、注目点となるでしょう。さて、先に示した、いくつかの「ローマ法の性質」に、「公正性」、「正当性」、「妥当性」、「適切性」などの要素が加味されていれば、申し分ないのですが、しかし、そもそも、「正しさ」、「正義」、「大義」という契機は、人間が極めて「主観的な」存在である以上、「主観性」の産物であることを免れないので、これらの要素は、「技術論」のテーマには、どうしても、なじみません。

(4) ここで、まず、基本的な作業として、「長命の」大国家である「ローマ」の法技術の「実体」や「性質」について分析を加えていく作業のメリットとして、どのようなものが存在するか、という点を、ごく大ざっぱに摘記しておきましょう。

(a) 一つは、「古代ローマ」という国家の「歴史的特性」を明確にしていく上で、この作業が有用となると、考えられることです。これは、「歴史学」プロパーの問題関心に関係するものですね。ローマの姿は、もちろん、現代の「法治国家」の場合とは比べものにはなりませんが、それでも、この国は、世界史的な規模で観察してみますと、まちがいなく相当なレベルを具えるにいたった「法の国」と規定してよいでしょう。このような特質は、ローマ法が、後代において「世界法」と呼ばれるだけの資格を獲得するにいたった情況の背景となっているはずです。ローマは、「法」という、壮大な「技術体系」を国家運営の中軸に据えて、これを、それぞれの時代の政治、経済、社会意識、文化、生活様式などと密接に絡み合わせることで、抜群の「統治能力」を具えるようになった国として、世界の歴史の中で、存在感を、大いに示したのです。

(b) もう一つは、現代日本の「法文化」とローマのそれとを比較・対照する作業を通じて、現代日本の法文化の「立ち位置・座標軸」を、いくらかでも鮮明なものとする点に、メリットがあると、考えられることです。この作業は、「法学」プロパーの問題関心に関係するものですね。時間的にも距離的にも遠く離れた地で栄えた「ローマ法」そのものから、現代日本の私たちが直接に「知恵」を汲み取るなど、ほとんどありえないことなのですが、それでも、例えば、「判例法主義的な」法の運用を得意としてきたローマ人の事蹟と、「制定法・成文法主義的な」法の運用にも目配りをしてきた彼らの事

蹟とを総合的に観察してみれば、一〇〇〇年以上にもわたって彼らが積み上げてきた「ノウハウ」は、現代の私たちにも、わが「日本法」の本質を見極める作業において、それなりの知的刺激を与えてくれるのではないのでしょうか。このことは、明治維新以来、「大陸法(フランス法やドイツ法が、その中核です)」系統の「制定法・成文法システム」の管理下に置かれながらも、「英米法(イギリス法やアメリカ法が、その中核です)」系統の「判例法主義的な法の運用方式」に何やら親しみを覚えるところもある私たち日本人に、特に当てはまるように思われます。

(5) ローマ法の展開実績やその学識体系が、古代ローマの故地であるイタリアにおいて、七〇〇年の時を超え、見事に「再生」を果たした一二世紀以来、「ローマ法文化」は、ドイツ、フランス、オランダなどの、後代のヨーロッパ諸国の法制や法思想に、複雑なかたちを取って、深く浸透していきました。ときには、その過程で、ただの「古代産」のローマ法が、それぞれの時代に、「現代ローマ法」と名付けても差し支えないような、「モダンな」姿を、それとなく見せてくれる場合さえも、生じています。

(6) さて、その、ローマの「法技術」というものは、どのようにして生み出され、整備されていったのでしょうか。その問題を、「生成スタイル」と「担い手」の両面から、考えて見ることにしましょう。

(a) まず、「生成スタイル」についてです。ローマ人は、全般的に言えば、実動的な動きを好む、「プラクティカルな」人々です。彼らは、前七五三年に建国されたと伝えられるローマよりも一〇〇年以上前から栄えていたギリシアの政治の展開の中で、ギリシア人(とりわけ、アテーナイ人)が、何事に付けても、理論的、観念的な要素・契機を大切にしながら、現実には生起する諸問題に、絶えず、真っ正直に対応してきたのとは違う動きを、します。極論すれば、ギリシア人は「理論の人(いわば、タテマエ人)」であり、その一方で、ローマ人は、後述するように、「実践の人(いわば、ホンネ人)」だったのです。同じように、インド・アーリア系の人種グループに属しているのに、大陸ヨーロッパの東部内陸地域にあった原住地から西進してきて、地中海沿岸の東の方のギリシア地域に入ってしまった、ギリシア系の人々と、彼らに少し遅れるかたちで動き出し、アルプスを越えて、地中海沿岸の西の方の北イタリアに入ってしまった、イタリア系の人々とで、どうしてこのような「肌合い」の違いが出てきたのかは、謎ですね。そういった違いが発生した原因についての、一つの説明としては、「ギリシア世界が成立するよりも一〇〇〇年以上も前から栄えていた、東方のオリエントの世界から、ギリシアの世界が文化的な影響を受けた結果として、違いが生じてきた」という見かたも、成り立つでしょう。

ところで、ローマ人は、物事の現場で、法運用の技術を、一悪い言い回しをさせて頂くなら、「行き当たりばったり」で、試しに、また暫定的に、開発していくスタイルを、愛用していました。このところに、「リアリスト」としてのローマ人の顔が、見えてきます。実は、彼らは、「有用なものは残るが、役立たないものはいずれ消え去る」というように、達観していたのかもしれませんがね。ローマは、古い時代の他の国々の場合と同じように、「保守・伝統」の支配を強く受けてきた国家なのですが、その支配から脱却するには、人々は、冒険心をフルに発揮して、絶えず、失敗を恐れずに、手探りで、少しずつ、こまめに前進していくしか、よい手はなかったのでしょう。

(b) 次は、「担い手」についてです。「民事法」分野の法技術の形成に携わった人物について、見てみましょう。現代日本では、「大陸法系」の先進国の場合と同じように、法技術というものの中核的な部分は、最終的には、立法(新法の制定、旧法の手直し)のかたちで、慎重な手順＝手続を経て、具体化されていきます。その準備段階では、法学者と法実務家(裁判官など)の、それぞれ独自の動きが、技術開発の推進力となります。まず、裁判官は、最高裁判所の構成員を筆頭にして、それぞれ、具体的な事案の処理に絡めて、「法解釈」という名目の下に、新しい法技術の芽となるようなものを、随時、「判決」のかたちで、提示していきます。その中では、狭い意味における「判例」が、最も重みのあるものですね。一方で、法学者には、公の法実務である裁判に直接タッチすることは、制度上認められていませんが、それでも、彼らは、それぞれに、その学問的な業績を発表する場で、ときには、「解釈論」の枠を超えて、「立法論」を展開しながら、法技術のありかたを巡って、さまざまな問題提起をすることは、できます。また、それ以外に、権威の高い法学者には、法律の制定や改正がなされるさいに、審議会などの会合の場において見解を述べる機会が、与えられます。なお、原告や被告を補佐する任務を帯びた、私人としての弁護士は、司法部門に所属する公人である裁判官や、在野の一私人である法学者の場合とは違ったポジションを占めていますので、ここでは、便宜上、「法技術論」の観点からは、彼らの役割について、取り立てて問題にはしないことにさせていただきます。

(7) さて、ローマ民事法における「法技術」の展開を考えるに当たっては、以下のポイントが、重要です。まず、制定法・成文法によって法が運用されていく、という現象は、共和政時代初期の数世紀間に関するかぎり、前五世紀中頃の、特別な政治情勢の中で行なわれた「一二表法」の制定という大事業の場合を除いて、あまり存在していないと言っても、差し支えないでしょう。結論的に言えば、法の展開期においては、いわゆる「民事法」の形成は、民事裁判の成り行き任せでした。ここには、明確な「現場主義」の表われがありますね。

ところで、共和政において、民事裁判を全体として運用していく公的任務を保有するのは、現代の裁判官のような「法のプロ」ではなく、本来は、政治家としての役柄を持つ高級政務官（一年制の公職者）のナンバー２である法務官（計二名）です。その人物が、法の専門的な素養は身に付けていない場合が普通なので、彼が「法の素人」であると言っても、問題はそれほどないでしょう。それでも、彼は、法学者の補佐の下に、裁判管理者として、個々の訴訟事案につき、それ専用の「訴訟枠組」をきっちりと作成して、同じように「法の素人」である「私人審判人」に、その枠組に準拠して判決を下していく任務を委ねます。その枠組は既存の法をベースにして作られますが、ときには、彼は、それに縛られることもなく、個別的な「新しい法ルール」を、とりあえず、暫定的に設定することもやって、「審判人」に、それに準拠して判決を下すよう、命ずることも、します。政治的高権である「命令権」を保持している法務官は、まったくの自由裁量で、そのような処理をしていく地位を認められていました。実は、ここに、「法改革」の「芽」や「核」が、あるのです。

（８）法技術の開発やその展開において実質的にリード役を務めるのは、「法のプロ」である、私人としての「法学者」です。法学者は、裁判を指揮する任務を帯びた事案担当法務官の諮問に対応して、一種の「鑑定」を与えるようなかたちで、既存の法や法技術を「読み解いて」、法務官に教示したり、また、さらに進んで、新しい法技術を考案したり、します。その法学者の中には、法務官というポスト付きの「お抱え法学者」もいれば、法務官個人の人脈で見出された人も、いたことでしょう。法務官の「法顧問＝コンサルタント」となる機会を得た法学者は、世間で有名になり、名声を高めることができます。それだけでなく、彼には、自ら、政務官選挙に立候補して、政治的出世のコースに巧く乗ることも可能ですから（法学者は貴族階層に属していましたので、法学識を売りものにして高い地位に就く道も、開かれていました）、法的に言えば、無償の、彼の鑑定サービス提供にも、ちゃんと見返りもあるわけです。

共和政の、数百年もの長い時代に、法技術の開発を積み重ねてきた、歴代の法学者は、元々は、「知識人」としての高い権威を具えた、単なる私人だったのですが、紀元後の帝政時代になると、彼らのトップグループが、国家機構の中に、少しずつ、取り込まれていきます。「公人」としての彼らが具えるにいたった「権威」が、いっそう高められたことにより、彼らの編み出した法技術の定着が容易になりました。この時期には、「特別審理手続（職権審理手続）」というニュータイプの民事訴訟方式が生まれてきたのですが、ここでは、それまでの「通常訴訟手続」において判決言い渡しの任務に就いていた私人審判人に成り代わって、法学者が、司法の中枢に食い込み、公人（裁判官）として判決



を下すポストの中軸に位置するようにもなりましたので、彼らの法技術は、公的にも集大成されていきます。

いわゆる「市民法大全」を制定させた、東ローマ皇帝・ユスティニアヌス(五二七年即位)は、三〇〇年も前の時代に完成されていた「古典期のローマ法」の成果の一部(それは、その成果全体の一割程度にしかならなかったということです)を、法典の中核部分である「学説彙纂」に、ほとんど、そのまま、取り込んでいますので、この段階で、古典期法学者の開発した法技術は、見事に、「実定法化」したわけです。現代の私たちが利用できる法資料のほとんどは、この大法典に由来するものですから、実のところ、私たちローマ法研究者が、法技術の歴史的な展開の各過程を、時代別に、正確にフォローできているわけでは、ありません。

ごく広い意味における「法技術」が開発される現象は、一〇〇〇年以上の、ローマ法の歴史過程のどこでも見られる現象です。とりわけ、ローマが急速に領土を拡大した、紀元前の共和政中期において、民事裁判の中軸となった「方式書訴訟手続」の場における、法技術の展開が、注目されます。このころ、法学はまだ発展途上にありましたが、それでも、例えば、物流の拡大や、外人(ローマ市民権を保有していない他共同体市民)の流入や、市民意識の変化などの影響を受けて、法が新時代の要請に応じていく必要性が高まりましたので、それを受けて、法学者たちは、新しい法技術の誕生を積極的に後押しすることに、なっていたのです。

これに対して、紀元後の元首政(初期帝政)時代には、まず、法を取り巻く社会・経済の情勢が落ち着きを見せた時代が何百年間も続いた後に、異民族からの「外圧」もあって、急速に社会全体の停滞やレヴェルダウンの現象が生じてきたために、新技術開発の必要性は、いくらか減少します。その一方で、「法学」のフィールドでは、かえって、法が整理されるとともに、その精度が高められました。つまり、法学の「学問性」が上昇していったのです。

(9) 全般的に見て、法技術が、考案されたり、力を発揮したりする、主な場面は、以下の三つです。

(a) 解釈論の世界・・・ここは、私人である法学者たち(帝政時代には、公人のステイタスを獲得するまでになった有力な人物も、登場してきます)が、ほとんどの場合、具体的な事案に絡めて、自在に、まったく私的に、解釈論を展開するフィールドです。紀元後初期の「古典期(法学隆盛時代)」には、どちらかと言えば、自然発生的に、二つの、法学の「学派」が形成されてきて、ときには、仮想問題を巡っても、学派相互間で激しい論争が行なわれたりして、その解釈技術には磨きが掛ります。

(b) 裁判実務の世界・・・共和政時代について言えば、法学者は、民事裁判の手続段階に直接タッチするわけではありませんが、以下のようにして、民事裁判と深く関わりを持ちます。一方において、彼は、裁判担当の政務官である法務官などが、一年の任期の初めの時点で、広場に公示する「告示(一年かぎりの裁判規範のようなもの)」の作成に事実上関わり、他方において、個別の裁判の現場で、訴え出てきた者に対して、その告示の想定していない事案について、特例的に「訴権」を付与してやるかどうか、という重要な問題の処理に当たる法務官の活動に、必要に応じ、一種の「裏方」として、関わりを持ちます。ほとんどの場合、「法のプロ」である法学者は、訴訟を指揮する、「法の素人」である法務官の求めに応じて、技術面の助言をします。そして、かなりの場合、法務官は、「法の権威者」である法学者の助言を受け入れることになったでしょう。

(c) 立法の世界・・・国民の全体集会である「民会」に議決して貰うために、そこへ法案を提出する、執政官以下の政務官(彼らは「政治家」ですから、法に関する専門的知識など、持ち合せていないのが、通例です) に対しては、法学者は、新法規の内容や文言を確定するさい、助言をしていたことでしょう。一年任期の政務官が実際に執務する期間は、一年以下ですから、短期間の内に法案を作成するには、彼ら政務官には、相当な「立法技術」が求められたに違いありません。ところで、共和政において、民会は、当初から、立法機関として、国制上重要な任務を担っていたのですが、これと重なるかたちで、比較的后代になって、「元老院」が、「議決」の形式で、法規のような「格」を具えたものを生み出すことになったさいには、法学者出身の元老院議員が、中心となって、動いたことでしょう。それから、帝政時代に登場してきた新しい法源として、皇帝(元首)が個人的に発布する「勅法」というものがありましたが、これは、司法官僚の要職に就いた法学者が中心となって作り上げるものでした。

(10) 法技術が駆使されるパターンには、例えば、以下のように、各種のものが存在します。その具体的な展開については、(一)から(四三)までの各項目において、必要に応じて解説が、いくらか、施されることになっています。

- (a) 拡大解釈、類推解釈、縮小解釈、限定解釈、反対解釈などの技術が駆使される場合
- (b) 新旧の、性質の異なる制度を並列させる状態で、これらを運用していく技術が駆使される場合
- (c) 段階的合理化の技術が駆使される場合
- (d) 「住み分け」型の技術が駆使される場合
- (e) 転用型・応用型の技術(擬制の技術、準用の技術、模倣の技術) が駆使される場合

(f) 複雑化・単純化・合理化・簡易化・素朴化の技術が駆使される場合

(g) 新発想の技術が駆使される場合

(h) 「タテマエ」と「ホンネ」の対比の下で、技術が駆使される場合

(1 1) ローマ法の創成期である、紀元前の共和政時代にあつては、法務官と法学者が、一体となって、既存の法技術のヴァリエーションや新種の法技術を考案・開発していく営みが、裁判の場において、継続的に、なされていきました。そのさい考慮されたのは、かなり激しく変転していくローマ社会の要請に対応する、「それなりの」正義や、衡平性や、合理性を、ケース・バイ・ケースで丹念に追求していくことでした。まず、法務官は、ときには、鋭い「政治感覚」に基づいて設定した、「自前の」法を運用することを念頭に置いて活動し、一方、法学者は、常に、現実と理論の狭間で、法の合理的な運用に貢献することに熱心だったのです。ところで、法務官と法学者の間柄についてですが、前者が、公人である関係で、「タテマエ世界」の「仕掛け人」であり、一方、後者は、私人である関係で(もともと、後代には、公人の顔を持つ人物も、現われてきます)、「ホンネ世界」の「仕掛け人」である、といった「二項対比」も、できるでしょう。彼らが、いずれにしても、「表裏一体」となって動いたところが、ポイントです。

(1 2) 古今東西の歴史の中で、「社会技術」としての特質を強く示す「法技術」というものを開発していく営みは、どこでも、大なり小なり見られるのですが、私見によれば、ローマほど、「法技術」の「引き出し」を、多数、用意していた国は、まず、見当たりません。別の表現を用いるならば、ローマは、何でも揃っている「法技術のホームセンター」風の存在だったのでしょうか。その値打ちは、「引き出し」の中や、店舗の棚に、場合によっては、現代でも利用可能な「優れもの」が見付かるところに、あります。

## (II) 法技術各論

### (一) ローマ流制度運用術

(1) 現代においては、ある特定制度の中味が時代遅れになったり、現実への適用力を失なったり、また、新しい発想が出現したりなどして、これを、別の、「次世代型」の制度と交代させる必要が生じてくることが、しばしばあります。このとき、小手先の修正や改訂では十分に対応ができない場合も、多いでしょう。このような事態に対応するためには、原制度を手続に則って廃止することが、大前提になります。新旧の両制度が混在しては、現場での取扱に混乱が生じてくるからです。

しかし、ローマでは、歴史上の他の国々の場合とはかなり違って、先のような、「タテマエ性」の強い「バトンタッチ」方式には興味が示されず、「新旧

並列方式」というルースな運用に、物事の自然な展開を委ねていく、といった「ホンネ的な」スタイルが、愛好されていました。これには、伝統にこだわり、保守的な姿勢を好むという、ローマ人の国民性が、影響しているのでしょう。ちなみに、あの、有名な、ギリシアの「民主政」下のアテナイ人なら、何事に付けても、制度設計をしっかりとやって、「新旧交代型(タテマエ型)」の、すっきりとした対応を試みたでしょうが、「実際家肌」のローマ人は、「現場型(ホンネ)」の、ルースな対応をやっていくことに、むしろメリットを見出していたようです。確かに、この方式を取るなら、後発の技術に不具合が生じてきたとき、再修正も可能になるところが、便利ですね。

(2) 以上は、制度論全般の話ですが、このように、制度を運用するさい、新旧両制度を並立させていくスタイルを好む傾向は、「法の世界」にも、認められます。以下に、とりあえず、「裁判制度」の展開に的を絞って、その辺りの事情を、試しに概観しておきましょう。

ローマに出現した「民事裁判手続」の型を発生順に並べてみますと、第一次の「法律訴訟手続」と、第二次の「方式書訴訟手続」とからなる「通常型」のものと、「特別審理手続」という「例外型」のものとの三種が、存在します。その間の最大の違いは、前者においては、ただ一人の「私人審判人(アメリカの民事陪審員のような存在)」が判決を下すのに対して、後者においては、いわゆる「お上」の一員としての裁判官が判決を下す、というところにあります。さて、「通常型」に属する「方式書訴訟手続」の隙間を埋めていくようにして、「特別審理手続」がケース・バイ・ケースの現場対応の中で編み出され、最終的には、これが、先の通常型のものを押しのけて、「正規の」手続へと昇格していきました。この、「お上」が裁判全体を管理下に置くシステムは、ある意味では、合理的な要素を具えていましたので、ローマの滅亡後のヨーロッパ各国における民事裁判の母型となります。

他方、「刑事裁判手続」の展開にも、「並立・競合」のスタイルが、読み取れます。紀元前の共和政における裁判の中軸となっていたのは、五〇名ほどの、上流階層の市民(元老院議員など)から構成される審判人団が判決を下すところに特徴がある「査問所手続」ですが、制定法によって支えられたその制度の周辺に、元首(皇帝)を始めとする当局者やその配下が、刑事裁判の過程全体を統括し、自ら判決を下す、というニュースタイルが、徐々に刑事裁判全体に浸透していきました。これが、「特別審理手続」と呼ばれる刑事手続で、民事のそれとは、同じ制度基盤に立つものです。

(3) これまでの説明は、共和政時代と元首政(初期帝政)という時代枠組に対応する、基本的な並列パターンですが、しかし、広い意味における並立の例は、共和政時代それ自体について、もう一つ、存在します。共和政の中核的な

刑事裁判制度であった「査問所」が歴史に登場する以前の段階で、互いに性格のまったく異なった、「民会裁判」と「元老院裁判」が、古くからあり、これらが、後に、査問所裁判と部分的に並列状態にあったからです。

(4) さて、一般に、「法」と「政治」には、パラレルな現象が認められるところがあるのですが、「政治の世界」にも、並立の例があります。「共和政」と「帝政」という、めりはりの利いた、二つの政治形態の狭間に、「元首政」という独特の政体が存在しています(これに「初期帝政」というような位置付けをすることも、可能です)。筆者は、紀元前後に二〇〇年以上続いたこの時代にあつては、「タテマエ」としての共和政と「ホンネ」としての帝政が、微妙な位置関係に立ちながら、並立状態にあったものと、個人的に分析しています。

(5) このように、ローマ人は、社会生活を営んでいくさいに、言ってみれば、「ファジー」で、「ルース」で、「アバウト」で、「ナチュラル」な处世術を心得ていた人々です。ここには、「いい加減な」というマイナス要素と、「良い加減の」というプラス要素が絡み合った「軟らか構造」が見られるのではないのでしょうか。ローマという国が歴史上長く存続することができた要因の一つに、「硬くて軟かく、軟かくて硬い」、「コンニャク状の(?)」社会構造が巧く保たれたことが、挙げられるでしょう。

## (二) 学説法

(1) 現代日本の法体制の下では、大学などの研究組織において法学研究に携わっている法学者が、独自に「学説法(法学者個人の法学説が、そのまま、法という資格を与えられているようなタイプの、法の部門)」なるものを作り出すことなど、制度上ありえないことです。せいぜいのところ、法学者は、その学問的業績(具体的には、学説)を通じて、当局の立法や改正の作業に間接的な貢献をしたり、また、裁判官に学問的刺激を与えるかたちで、「判例法的な」法の生成に貢献したり、するだけです。

(2) これに対して、ローマの法学者は、法や法学の歴史の中でもまったくユニークな存在と言っても差し支えない「学説法」を編み出したところに、特異な貢献をしています。その特徴は、彼ら法学者の「私的な学説」が「公的な性格」を帯びるようになった、という点にあります。ここで、法学者個人の、個別的問題を扱う学説が、いったい、どうして、ローマ私法の展開の中で、そのような実在感を示すようになったのかについて、見てみましょう。その前に、法の歴史について記しておきます。実質的にローマ法が形成される共和政時代の数百年の間について言えば、制定法・成文法がメインの法源として確立されていたわけでは、ありません。共和政も初期の前四〇九年に制定された、「一二表法」がその大例外に属しますが、それ以後、実に、一〇〇〇年もの間、厳

密な意味における「法典」は、後六世紀中頃の、いわゆる「市民法大全」の編纂のときまで、制定されることは、ほとんど、なかったのです。

(3) 古く、王政時代から、宗教人であると同時に、最大級の知識人としても活躍していた「神官」の流れを汲む「法学者」は、世俗社会の中で、主として「一二表法」の規定に解釈を施す仕事に従事してきました。しかし、その後、法が世俗化する状況の下で、解釈だけに留まらず、その枠組を超え、それぞれの時代の動きに即応するかたちで、現場において、実質的に法を生み出す仕事に、精力的に励むようになります。「神官」は「お上」の人間ですから、その動きには、限界がありますが、法学者の方は、「世俗人」としての身軽さを大いに利用することができたのです。法学者が上流階層の出身者(貴族)であったことも作用して、彼らは、その「権威」を背景に、市民の日常生活の中で生じてくる、各種の「法的な」問題の処理について、一般市民のための「コンサルタント」として、発言力を高めていきます。

(4) 紀元前の共和政時代から紀元後の元首政時代にかけての民事法は、実質的には、「方式書訴訟手続」という民事裁判手続が展開される現場で、個別事案に対応して法が形成されるスタイルにより、作り上げられていきました。法廷を指揮する任務を持つのは、高級政務官の一人としての「法務官」です。彼は、一年制の公職者であり、同時に政治家でもあったのですが、法の知識を持っているわけではありません。また、彼の指示に基づいて判決を下す「審判人」も、私人(もっとも、このポストに就く人物は、元老院議員などの有力者です)なので、法学者が法務官の「訴訟枠組の設定(その中核は、具体的事案に即して、適用されるべき「法」を宣言しておくことです)」に全面的に協力していかなければ、裁判は巧く機能していきません。

(5) ローマの法学は、個別事案の法的処理にマッチした「軟らか構造」を具えるようになり、また、「法的安定性」を乱さないかたちにおける「流動性」を高めていきます。それに加えて、例えば、法への取組の中で、「信義誠実」といった、「リーズナブルな」発想を大切にするなど、多くの利点を身に付けていきましたので、これらが積み重ねられて、紀元後の二〇〇年ほどの間に、「古典期」という、法学の黄金時代が築かれました。

ところで、優れた法学者たちが輩出し、個人的な見解を著述などの形式で公表しますと、それぞれに説得力のある法解釈が互いに対立する事態が、しばしば生じてきて、收拾が困難になることも、あります。初代の元首(皇帝)・アウグストゥスは、法解釈を安定させ、法的秩序を固めるために、自ら選び出した有力な法学者数名に、「解答権(法的な問題について、一種の「鑑定」を提示する権利)」を付与します。これは、深読みすれば、元首が、エリート法学者を通じて、法解釈を統制する政策を取ったことを、意味しますね。いかにも奇

妙な、この制度の内容と、その後の運命については、不明の部分も多いのですが、いずれにしても、解答権を保有する人物の宣明する、「法律問題(判決を下すさい、どのような法を判断基準とするかについての問題)」に対する見解が、まず、事実上、法廷で重要視され、その実績の上に、彼らの個人的見解が「法」として扱われるところまで、事態は進みます。このようにして「学説法」が成立したのです。

(6) 法学者の見解の対立が激しくなると、やがては、それが整理される方向も生まれてくるものですが、その一環として、解釈論を巡る対立の中で、「プロクリアヌス学派」と「サビーヌス学派」という、二つの「学派」が、形成されてきます。これらの学派は、当初の段階では、まったく個人的な人間関係(例えば、師弟関係)により、自然に形成されたものでしょう。思想的・哲学的対立や政治的対立が学派の成立の背景に存在したという、現代のローマ法学者の学説の捉えかたも、確かに、一部には、ありますが、その手の対立関係は、それほどめりはりの利いたものでないように、思われます。いずれにしても、具体的な事案を巡る学問的な論争は、法学の水準を大いに高めることになりました。なお、学派の対立は、二世紀の卓越した法学者であるユリアヌスによって、発展的に解消されます。これは自然な流れに即したものでしょう。

(7) いわゆる「市民法大全」という、六世紀の大法典の中核に、「学説彙纂(ディーゲスタ)」という部門があります。これは、権威のある法学説のコレクションであると同時に、制定法としての資格を付与された、独特の産物です。六世紀の後半に、イタリアのピサの町に持ち込まれていた、この法典の写本が、その地で偶然に発見されたおかげで、一〇五〇年頃になると、この法典の存在が世に知られます。私たち現代のローマ法学者(ローマ法研究者＝ロマニスト)は、ありがたいことに、歴史に例を見ない、この、独特の編纂物を通じて、ローマ法の実像・実相を、かなり正確に捉えることができるようになったのです。

### (三) 形式行為

(1) 古代ローマにおいて、民事関連の「法・法規範」というものが、現実の社会で目に見えるかたちで展開する現象には、いくつものパターンがありますが、その内で最も鮮明なものは、きっぱりとした「形式行為(方式行為・要式行為)」の利用です。ある程度発達した「共同体」にあつては、「法」は、先行的な「社会規範」としての「習俗・慣習・慣行・慣例・父祖の遺風」とは一線を画した規範として、それと並列的に生み出されていき、やがて、これが、独立的で、しっかりとした地位を獲得する現象が、随所に見られます(「習俗」などが、何やら捉えどころのないもので、人が判断や行動をするさいの「指針」としては、確定的でなく、また、規範性や実効性に弱点が付きまとう関係で、

使い勝手がよくなかったことも、その「法の独立化」の背景にあったかもしれません）。その過程で、まず、法が、具象的で、リアリティーに満ち溢れた「かたち(形式=型)」を取って立ち現われることによって、その実在感を増すようになり、その後、この形式行為が、日常生活の場で使い込まれていく内に、しだいに、抽象化され、観念化され、洗練されることを通じて、「ホンネ(具象的な存在)」としての「法」は、「タテマエ(抽象的な存在)」としての「法」へ、変質・進化していきます。ここにきて、「法」は「形式の権化」となった、と表現することができるでしょう。最終段階においては、一〇〇〇年以上の時間の経過の中で、時代を超えて生命力を誇示してきた「形式」も、当然のように、「形骸化」の運命を辿ることになりました。ただ、形式というものが、「やせ細り」、使い物にならなくなる、といった「マイナス現象」だけでなく、そこに新たな生命が吹き込まれて、活躍の場が見出せたという「プラス現象」にも、注目する必要が、あります。つまり、「表向きは(タテマエでは)」形式に忠実に従いながら、その形式本来の役割・内容とは「実質的に(ホンネ的に)」異なったものを、そこに「埋め込む」ことにより、形式という「資源」を「再利用」するテクニックというものが、多くは、裁判の現場で、目立たないようにして、次々に開発されていったのです。これは、言ってみれば、今はやりの「ハイブリッド型」の「作品」のようなもの、ということにも、なるでしょう。やがて、こういった「折衷方式」に頼ることには、限界が見えてきて、長い時代を生き延びた、「旧来型」の「形式」は、その役割を終えて、消え去っていきました。

それに代わるものとして登場してきた「無方式行為(もろもろの形式の拘束から自由な法律行為)」は、当初は、「形式行為(タテマエ)」の傍らに育っただけの、ひそやかな存在にすぎませんでしたが、しかし、それが本来的に持つ「ホンネ性(現実的で、実質的な有効性)」を支えとしながら、時間を掛けて、力を付けてきたのです。以上のような見かたは、「法の歴史」のすべての局面を理解するさいに、当てはまるものではありませんが、少なくとも、古代ローマの「法」の展開像を分析する作業においては、一つの「視角・視座」となる資格を与えられているでしょう。

(2) ローマ法上の「形式行為」の代表的な存在とされているのは、「握取行為」と「法廷譲渡」と「問答契約」の三つです。まず、これらの制度(法形式)の特徴を、区分方式を用いて、説明しておきましょう。

(a) 握取行為と法廷譲渡とが、いわゆる「物権法」の取り仕切る世界の産物であるのに対して、問答契約は、いわゆる「債権法」の取り仕切る世界の産物です。

(b) 握取行為が、いわゆる「実体法」上の制度であるのに対して、法廷譲渡は、いわゆる「手続法」上の制度です。もっとも、そのような区別は、形式的



な(タテマエ的な)ものにすぎず、実質的には(ホンネでは)、これらは、共に、物の「譲渡」を目的とした制度です。ここでは、前者が、「本格派」のもので、後者が、「簡易型」のものである、という区分も、成り立ちます。

(c) 問答契約において、「定型的な言葉」を発することが中軸になっているのに対して、握取行為と法廷譲渡とが、「言葉」以上に、広い意味における「動作」が重要な役割を占めている、「大仰な」仕組である点で、違いが存在します。

(d) 法廷譲渡が「公人」としての「法務官」のリードの下で行われるのに対して、握取行為と問答契約は、「私人」間で実行されます。前者の場合、裁判の場において展開される形式行為には、当然のことながら、「公示性」が得られるのは、大きなメリットですね。

(3) 「形式性」を生み出す要素＝契機となるのは、公(お上)の関与、証人などの立会、定型的な「言葉」の利用、「言葉」と「動作」の一体的な使用、「儀式性＝宗教性」の活用、などです。その反面において、「無方式性(形式から自由な性質)」は、典型的には、私的に、当事者だけで、任意の言葉(文言)ないしは書面で、日常的に、法的な行為が行われるところに生まれてくる、世俗的な性質、ということになります。もっとも、一般に、法というものは、本性上も、実務的にも、形式に則った処理や扱いを重視しますので、「無方式スタイル」が「形式スタイル」を圧倒するような状況には、どうしても、ならないでしょう。

(4) 次に、先の三つの「形式行為」の概要を示しておきます(それらが展開する実態のいくつかは、後の項目における解説において、見て頂けるはずです)。

(a) 握取行為・・・これは、一定の人もしくは物への、所有権あるいは所有権類似の支配権を付与するための、古めかしい、儀式性の濃厚な行為です。登場人物は、譲渡する人および譲渡を受ける人と、五名以上の証人(成熟したローマ市民)と、「秤持ち」です。彼らの面前で、譲渡を受ける人は、取得目的物を手で握り、例えば、「この私は、この奴隷が古市民法に基づいて私のものであると、言明する。そして、この者は、この銅および銅の秤によって、私に買われたものとせよ」言明し、同時に、銅貨もしくは銅片で秤を打ち、それを、対価として、譲渡する人に渡します。「秤持ち」は、元来は、売買の対価としての、銅の塊が真正のものであるかどうかを鑑定し、その重量を量る、という、「格」の高い、大切な仕事をしていたと考えられます。しかし、後代には、貨幣の受け渡しを媒介する、という形式的な役割を果たすだけの、「軽い」人物となりました。握取行為の対象となるのは、人(家長権に服属している家子)、および、一定の物(イタリアの土地、奴隷、地役権)でして、これらは、古くから、重要な物と考えられていましたので、形式行為によらなければ譲渡できない、

という仕組が、設けられていたわけです(なお、次項で取り上げる「法廷譲渡」では、譲渡の目的物に関して、制限はありません)。対価として渡されるのが、売買の正規の対価ではなくて、対価を象徴するだけの、ごく低額の「一ヌンムス銅貨」であるところまで、「形式化」が進みますと(ローマ最古の法典である「一二表法」の段階では、すでにそのような状態になっていました)、古めかしい握取行為の利用価値が高まります。例えば、人が、贈与をしたいときに、対象物を、わずか「一ヌンムス(「一円」のようなもの)」で「譲渡」してしまえば、それで、実質的に、公示性のある「贈与行為」が成立することになる、というわけです。ちなみに、その昔、日本に、「一円売買(たったの一円を支払うだけで、高価なものを手に入れることを可能にする、虚構の売買)」のようなシステムが、目立たないところで存在していましたが、これは、先の「一ヌンムス売買」とパラレルな構造のものかもしれませんね。ここでは、「損して得取れ」というわけで、後で「大儲け」をすることが、ちゃんと計算されていたのでしょうか。例えば、「ハード(ハードウェア)」をタダ同然の値段で売り、その後、そのシステムを利用するのに不可欠な「ソフト(ソフトウェア)」を、継続的に、高値で売り付ける、という手口は、ある時期に、日本で、いくつも、行使されました(最近では、そういった「非常識な」商法は、ほとんど影をひそめました、必ずしも根絶されたのではないとも、聞いています)。

(b) 法廷譲渡(裁判法廷における譲渡行為)・・・例えば、奴隷の譲渡がなされる場合には、譲渡しようとする人物(奴隷の主人)と譲渡を受けようとする人物とが、問題の奴隷を伴って、裁判を指揮する役柄を持つ「法務官」の前に進み出て、後者の、「譲渡を受けようとする人」となる人物が、「この私は、この奴隷が、市民法に基づいて、私のものであることを言明する」と述べます。ここには、厳格な「形式」によって彩られている、ローマで最古の民事訴訟手続としての「法律訴訟」の場面を「模倣した」情景が、認められます。ここにも、法技術の活用の例が、見えていますね。本当の訴訟の場合なら、原告(譲渡を受けようとする人)の主張に対して、被告(譲渡しようとする人)側が、自身こそが所有権者であることを主張するのが、普通の経過なのですが、しかし、「法廷譲渡」の場面では、彼は、反対主張など、しません。それを受けて、法務官は、原告の申し立て通りに、「帰属確定」を行ない、勝訴した原告の奴隷取得が、実現するのです。かたちは大げさですがけれども、実のところ、手続はスムーズに流れます。トータルに見れば、これは「省エネ的な」手法ということになりますね。

(c) 問答契約・・・これは、「口頭で」行なわれる「合意約束」でして、「言語契約」のジャンルに属するタイプの契約です。両当事者が出席している中で、「問い」と「答え」が、同一の定型的な文言を用いて、発せられ、しかも、これ

らが連続的に行なわれる過程に、形式性の表われが、認められます。「問い」と「答え」を発するさいの言葉(動詞)は、「誓約する」という、定型的な表現ですが、その後、これに代わるものとして、「信約する」、「約束する」、信命する」、「与える」、「なす」などのヴァリエーションも、登場してきました。問答契約の歴史は古く、「一二表法」が制定される前にすでに存在していたとも、推測されています。そして、このシステムは、はるか後代の帝政時代にも、痕跡を遺しました。この「問答契約」については、次項の(四)にも、解説があります。

(5) 最後に、形式行為の「効用」について、少し、見ておきましょう。

(a) 形式行為は、目に見える、明確な「かたち」を具えた、「外向きの」存在なので、人々に親しみやすい「道具＝装置」だったでしょう。「法」が現実社会で展開する姿を即物的に認識できるのは、国家当局にとっても、市民にとっても、有用です。もちろん、形式行為を実行するさい、かたちを整えなければ、所期の効果は得られませんから、利用上「手間」が掛りますが、それでも、プラスにはなります。つまり、形式行為を利用する人は、自身の意向をきちんと提示しておけば、訴訟などで、証拠として、その行為の中味を「裁判者」に示すことが容易にできるからです。

(b) タテマエとしての、表面に見える「形式行為」を利用しながら、その裏で、ホンネとしての「内容」を、本来のものとは別のものに、一部、差し替えてしまう手法が編み出されることにより、その形式行為の効用は、事実上、拡大していきます。そのさい活用されるのは、「応用」、「転用」、「模倣」、「仮装」などの高級技術です。優れた法学者を各時代に持っていたローマでは、「最高のプロ」としての「法学者」の手によって、長い時間を掛けて、その手の技術が編み出されていきました。

#### (四) 書式制

(1) 現代の日本では、「口約束」などというものが人の動きを法的に拘束する、といった「しきたり」は、まったくの「昔話」になってしまい、何事に付けても、「書き記されたもの＝書式」が、「約束ごと」全般において、幅を利かせるようになってきています。その理由は、法律的な約束ごとを書き記しておくことにより、その中味が明確になってきて、関係者相互間で、合意内容について思い違いがなくなるとともに、トラブルが法廷に持ち込まれると、書きものが証拠として役立つ点に、あります。もっとも、録音・録画が発達している今日では、普通なら「飛び去っていく」言葉でも、それなりにしっかりと確保できるようになっていますから、音声にも、値打ちが出てきました。

(2) ところで、「法律行為」というのは、人の「法的な」行動の中軸に位置する構造物です。共和政の初めの頃には、私人間の関係においては、「口頭の」法律行為が全盛だったのですが、この現象は、人が言葉を発することに、一種、宗教的な重みがあったことから、説明できるでしょう。しかし、時代が下って、共和政も末期になりますと、「書かれたもの」が重要性を増してくる、というプロセスが、見て取れます。その辺りの歴史的事情を、以下に解説してみましょう。

(3) 「問答契約(口頭の債務約束)」は、関係者が、定型的な「文言」を互いに発し合うやりかたで、法律行為を取り行なうタイプのものでして、「言語契約」というジャンルの中で、最重要のものです。ちなみに、国際的なスケールの物流が展開されていた、先進的なギリシア・ヘレニズム世界では、経済取引をスムーズに動かしていくために、ローマの場合よりもかなり以前から、使い勝手のよい「証書」を活用する方式が通例であったので、経済後進国であったローマは、遅れたところからスタートしたわけです。もっとも、それには、実地的な事情も、ありました。それは、東方世界では、葦の植物繊維から作り出される「パピルス」が、書きものの素材として手軽に活用できたのに対して、ローマでは、「羊皮紙」という、高価なものしか、素材として利用できなかったことです。

定型的な「問い」と「答え」を連続的に発することにより成立する問答契約は、その中味＝文言を必要に応じて変換していくことによって、債権を担保したり、債務不履行のさいの違約罰を設定したりするなどの、多様な目的に対応する能力を具えるものにまで、発達していきます。タテマエ(形式)は古めかしくても、ホンネ(中味)はモダンなのですね。問答契約の起源は古いのですが、後述するところからも明らかなように、ローマ人は、「古い革袋に新しい酒を盛る」のが御得意の人たちでした。さて、「誓約する」という文言が利用されているところから推測されることなのですが、これは、世俗を超えた宗教的な拘束力を、本来、具えていたかもしれません。それが、後代になると、世俗的で、融通の利くツールとして、広く活用されていくところに、「古くて新しい」問答契約のイメージが、浮かんできますね。

例えば、ある人(要約者)が、金銭の貸付を求めて、「君は、五月一日に、一万セステルティウスが私に与えられることを誓約するか」というように問い掛けをしますと、それを受けて、答える人が、問いの中に存在する文言を繰り返すようにして、「私は誓約する」と、答えます。この「問答」により、問いを発した側(要約者)の「債権＝請求権」と、答えを発した側(諾約者)の「債務」とが、セットになって、発生するのです。このように最小限必要な言葉が交わされるのが、特徴です。そもそも、形式というものは、単純さ、簡潔さ、明快

さを本性上好みますので、そのような姿になってくるのでしょう。このタイプの法律行為は、ローマ市民しか利用できません。もともと、宗教的なニュアンスもはらんだ、古くて、重々しい、「誓約する」という文言を用いなくて、「信約する」という文言をそれに差し替えていけば、外人(他共同体の自由人市民)でも、問答契約の、一方の主人公になることができます。後代には、使用される文言の用語の多様化が進むとともに、ラテン語表現だけでなく、ギリシア語の言い回しを用いることさえも、許されます。このような知恵が開発されたおかげで、ローマ人は、外人と、正規の契約を堂々と実行できるように、なりました。これは、ローマ人と取引関係に立つ外人(商人)がマーケットに登場してきた事実を裏付けるものですね。

(4) その後にも、新たな展開がありました。「書式制」の登場です。紀元前の共和政の末期には、主として、法律行為締結の証拠を、将来の裁判向けに確保しておく、という手続上の理由から、本来の、口頭の「問答契約」の手続を実行した後に、それにプラスして、その問答契約条項の部分を証書化しておく、という、「併合型の」のスタイルが、過渡期の制度として、定着します。そして、最終的には、定型的な文言を用いる口頭形式の手続の利用は、きっぱりと捨てられ、「任意の」文言を「書式」で記載するという、二重の意味における変更が加えられて、「債務証書」というものが登場するのです。これで、一〇〇〇年以上も生き延びた問答契約の歴史に、幕が降ろされました。このように、ローマの法技術は、時間を掛けて、ゆっくりと、一定の方向へと誘導されていくのです。そこには、ローマ法とは異なった地盤で育ったギリシア・ヘレニズム世界の法文化とローマの法文化との交錯の姿が、見られますね。「懐の深い」ローマ人は、便利なものなら、何でも取り込んでいき、普遍性に溢れた法・法文化を完成させました。ローマ法の「世界法」的な要素が、はるか後代において事あるごとに参照されたのも、当然の成り行きかもしれませんね。

(5) さて、「証書」には各種のヴァリエーションが登場してきますが、その内で比較的重要なものを、二つだけ、ここで、例示しておきましょう。

(a) 証人立会証書・・・これは、木版などを用いて、たいていは七人の証人の立会の下で作成され、封印をすることにより、厳重に秘密が保たれるようにしてあるものです。これには変遷がありまして、まず、証人役を務める人物に取引現場での立会を求めたりせずに、自筆で署名することで足りる、という簡便方式が利用されるように、扱いが変わりました。さらに、私人である職業的な証書作製人の手で、ときには定型的な文言を利用しながら、証書が作成されるようにも、なってきます。現代日本の、公的資格を保有する「公証人」による証書作製方式と、ローマの場合とでは、格が違いますが、それでも、ここま

でローマ人の用心深さが進んでいたことは、古い時代のこととしては、なかなかのものですね。

(b) 手書・・・これは、手間の掛かる、証人の立会などない状態で、自筆で書かれ、署名が添えられているだけの文書なのですが、証書としての効力が立派に認められているものです。このような扱いになったのは、単なる立会よりも、自筆署名の方式の方が、証明力を持つことが、認識されたためでしょう。

(6) ここで、証書の格付けについて見てみましょう。土地の売買や贈与などの、重要な法律行為については、定型的な文言を利用した証書の作成が、その成立のための有効要件となる、という制度が、発達してきます。これは、三三七年に、コーンスタンティヌス帝によって導入されたもののようです。このタイプの証書は、「タテマエ(形式) 性」の強い、「重い」証書です。これに対して、「反証」によって覆される危険のある、「証拠書類」としての証書は、「ホンネ(事実) 性」しかない、「軽い」証書です。

(7) 一般に、ローマ人は、私たち日本人とは違って、「訴訟」というものに強い関心を抱き、「法廷勝負」に「面子」を賭けるような気性の人たちでした。その反面、彼らは、日常生活において、危険いっぱい「訴訟沙汰」になってしまわないよう、細心の注意をすることに、大いに気を遣っていました。彼らの開発した制度は、何かと手間の掛かる「訴訟」に巻き込まれることがないように、明確なものに仕上げられています。また、彼らは、訴訟になっても勝訴できるように、常に証拠を用意しておくことを心掛けていたことでしょう。この辺りのところは、古代の国にしては、ローマが「法先進国」であったことを実証するデータと、言えるのではないのでしょうか。

(8) 私見では、「口頭制」をホンネとし、「書式制」をタテマエとする組み合わせは、「民＝私」の世界の内部で認められる構図です。これに対して、効果発生のために、官庁への、私的行為の届け出が義務付けられるというのは、「タテマエ(官＝公) が、「ホンネ(民＝私) 」に対して優位に立つ、という構図になってきますね。

(9) 以上は、「書式性」の行為様式が、「口頭性」のそれを押しのけていった過程についての話なのですが、事の性質上、当初から「書式性」を要求されるタイプのものも、あります。まず、「文書契約」というものは、「出納簿」に「支払記帳(債務負担が発生したことについての記入)」をすることによって初めて成立する、「面白い」タイプの契約です。また、「遺言」や、民事訴訟手続において、裁判指揮者の法務官が、判決を下す任務を与えられた審判人に、「訴訟要綱」の役割を持つものとして、渡される書式としての「訴訟方式書」には、「書式性」が強く要求されます。

#### (五) 養子縁組

(1) 「養子縁組」は、現代の日本人の許で重要な社会制度なのですが、古代ローマにおいては、日本の場合以上に、「男系の子孫を通じて家の存続を図ることを一家の家長の絶対的な使命とする」という発想が、存在していましたので、社会的に重要な制度でした。これに加えて、「家の祭祀」を継承すること、家長にとっては、大切なことだったでしょう。上流貴族の中には、独身を貫く人物や晩婚の人物が少なくなかった関係で、「後継者問題」は、とりわけ、深刻でした。一説によりますと、ローマの夫婦は、生涯、平均して五人程度の子供を得られる、ということですが、乳幼児の死亡率がかなり高く、幸いにも一人前の大人になれる男子の数は、それほど多くなかったでしょう。

(2) ローマの養子縁組には、一家のトップとしての資格を保持する家長が、わざわざステイタスを落とすかたちで、他家の養子＝家子となってしまう、という「自権者養子縁組」のケース(ここでは、家が、一つ、消え去ってしまします)と、家長の権力下に置かれていた、「家子」である人物が、その「ステイタス」を変更することなく、他家の養子へと「横滑り」していく「他権者養子縁組」のケースとが、あります。ここでは、よく生ずる後者について、見ていきましょう。

(3) 「他権者養子縁組」を成立させるためには、ローマでそれぞれに重要であった三つの「手続」を経由する仕組が、用意されています。それらは、「握取行為」と、「隷属状態から人を解放する手続」と、「法廷譲渡」ですが、これらの要式行為が、連続的・複合的に実行されることが、必要です。つまり、養子縁組は、すでに制度として確立している、三つの法技術を巧みに活用することによって、初めて、成立するのです。実際のところ、これらの重苦しい形式手続を実行していくには、手間が掛かりますけれども、それでも、養子縁組という行為は、ローマの「人の法」の展開の中で、極めて重要な位置を占めていますので、そのような負担は、世間では、当然のことと受け止められていたことでしょう。何よりも、手続が煩雑になっているおかげで、養子縁組が世間に公知される、というメリットがあることが、プラスですね。もう一つ、後述するように、法務官(「お上」)が関与してくれるところも、重要です。この辺りに、ローマ人の、法を操る技術の高さが見えています。

(4) 家長は、その家子を養子として他家に出す場合には、まず、その家子を、「仮装売買」のかたちで、養家の家長に「売却」してしまいます。これにより、いわば「物」のようにして「売られた」家子は、「買い手」である、養家の家長の許で、自動的に、「準奴隷状態」に顛落してしまいます。

その家子の「主人」のような立場に立つにいたった、養家の家長は、「奴隷解放」の場合の手続に準ずる手続によって、その者を劣悪な身分から解放して

やります。これにより、正規の自由人市民の地位を取り戻したその人物は、元の家長の支配下へと、自動的に戻っていきます。

その後、直ちに、二回目の「売却と「解放」」が実行された後を受けて、先の場合と同じような状態にある家子が、三回目の「売却」に掛けられますと、「一二表法」の明文規定によって、「売り手」の家長は、自身の家子に対する家長権を喪失してしまいます。有力な解釈によれば、自身の子や孫を、何らかの経済的な理由で、三回も売りに出した（もつとも、ローマでは、「売る」という概念には、その実態においては、「一時的に貸す」とか「一時的に預ける」とかの行為類型も含まれています）家長に対する一種の「罰」として、そのような「家長権喪失」が制度化されたことになっています。

さて、このようにして実家の家長の保有する家長権の束縛から逃れた人物を「購入」した人は、三回目の「解放」を行なって、市民的自由をその者に与えますが、それでも、古来の社会ルールにより、解放者は、被解放者に対して、「社会的な保護者」の地位を保有することになり、何かと不都合が生じてきますので、この者を三回目買い取った人は、この者を、元の家長に、「握取行為」を実行して、売り戻します。それから、この者を自身の養子としたい人物（先の売り主）は、問題の「子」を所有しているかっこうになっている元・家長を相手取って、「この者は自身のものである」と主張する訴訟を、実行します。普通の裁判の経過では、被告がその主張を争うでしょうが、この場合、両当事者間の暗黙の了解により、被告側は一切反論をしない成り行きになりますので、「原告勝訴」の結果が、直ちに導かれます。それを受けて、訴訟を指揮する任務を保有する法務官は、「帰属確定」の手续を通じて、問題の子が原告の家子であると、認定します。これで、養子縁組が完成するのです。最終的には、法務官の立会があるところで、手続が完成しますので、これにより、手続の正当性と公示性が同時に得られるところが、ミソですね。

（５）「一二表法」には、「息子を売る」と規定されていますが、「娘」や「男の孫」の売却の場合には、限定的な解釈方法を取るなら、別に、「三回売却」がなされなくても、一回の売却で足りるという扱いに、なってくるでしょう。現に、ローマの法学者の前身とも言える神官は、このような立場を採っていたようです。ここに、法規の文言を「限定的に」解釈する技術が駆使された例が、見えていますね。

（６）後代には、手続の簡略化が進み、養子縁組に同意する家子の面前で、両家長が養子縁組の成立を宣言して、それが官庁の記録に記入されるという、「公的な」やりかたも、開発されました。

## （六）後見



(1) 現代日本では、高齢者の増加に伴って、「成年後見」という制度が重要な役割・機能を持つようになり、地味な「後見」の制度にも、世間の注目が集まってきています。その運用の過程で、後見人が、自ら管理を任されている被後見人の資産を、自身の利益のために、不適切・不法に運用する事例も、多く生じてきているようです。弁護士がこの後見人の職務を引き受けることもありますが、高い職業倫理を世間から求められているはずの、「法のプロ」である弁護士までもが、私腹を肥やすために、本来の職務に反する行動を取る事例が、マスメディアによってしばしば報道されています。高齢や病気のために社会的弱者となってしまう「成年被後見人」を社会が守っていくために、後見人の、後見の本旨に反する所業への法的な責任の追及が、今後、本格的になっていくでしょう。ローマでも、こういった「弱者保護」の役割を担う後見制度が発達していましたが、「信義」というものを何よりも大切にする彼らは、後見人の自由裁量に完全に委ねられている後見事務の処理において発生した、後見人の「信義違反」の行為について、厳しい、法的な民事責任追及の手段を開発していきました。日本の新たな「成年後見制」をリーズナブルなものにしていくために、その昔、ローマで構築された制度のありかたから学ぶところもあるように、思えますが、いかがでしょうか。

(2) 実は、ローマでは、古い時代特有の事情が存在していますので、「後見」というのは、ごく日常的に発生する出来事でした。この点について見てみましょう。

当時のローマでは、一歳までの幼児期を無事に通りすぎるのが、病気の発生などにより、とても困難だったので(伝えられるところによれば、男子の子は、女子の子よりも、育ちにくかったとのこと)、ゼロ歳児の平均寿命は、男子で二〇・五歳、女子で二二・五歳、という低さです(現代の日本では、世界的に見ても、乳幼児の死亡率は素晴らしく低いので、その平均寿命は、とても高いものとなっています)。ちなみに、ローマの上流階層の家の場合について言えば、子が、「一人前」になる、一五歳辺りの時点でちゃんと父を持っている割合は、わずか四六パーセントにしかない、ということです。「父」の「死亡率」も、とても高いのですね。

さて、ローマの家長は、その「家長権」の「傘」の下に、奴隷はもちろんのこと、家子(息子や娘など)を服属させています。古今東西の世界の「共同体」や「国家」においては、とりわけ「成人年齢」に達した家男(息子)に、親(家長)から独立して、新たに一家を立てさせる社会システムが確立しているところも多いようなのですが、ローマでは、事情が異なっています。ここでは、家子が、「家長権免除」の措置を特別に家長によって取って貰えないかぎり、いくら成人年齢に達しても、家長の死亡が生ずるまでは、その家子の従属的な地

位に変化はありません。俗な表現を用いますと、家子は、成人しても、「子供扱い」なのです。そのようなわけで、家子は「独立人」ではありませんから、「後見」のような特別の保護制度など、必要がないのです。家長が後ろに控えているからです。

(3) ところが、その家長が死亡しますと、状況は一変してしまいます。家長の死後、例えば、次世代に属する長男が、家を、そっくり、そのまま、受け継いで、新家長として家をまとめ上げるという、「継続型」系の家継承スタイルも、もちろんあるでしょうが、しかし、ローマでは、伝統的に、「分裂型」の家継承スタイルが、通例となっていました。ひょっとすると、何事も「個別化」した上で処理していく、という「ローマ人好み」のスタイルが、ここに現われ出ているのかもしれませんが。何事も「集团的・団体的に」に処理していくことを好む「ゲルマン人(その系統に属する、現代のドイツ人が、その代表です)」の肌合いとローマ人の肌合いの違いも、ここに認められますね。ちなみに、中世ドイツでは、先の「継続型」に属すると見られる「一子相続の法=習俗」というスタイルが存在していたと、伝えられています。

さて、問題の「分裂型」の方式によれば、以下のようになってきます。例えば、二人の息子と一人の娘が父(家長)の死後に残された場合には、彼らは、それぞれ、一家を立てることに、なります。彼らがすでに成人年齢に達していれば、それほど問題は生じてはきませんが、一般に、人か短命であった(五〇年以上も生きられた人は、それほど多数ではなかったでしょう)ローマでは、突然、子供が、それぞれ、一家を立ち上げる、というケースがかなり多かったと、推定されます。そのとき、法定相続か遺言相続かのどちらかのルートで自身に到来した資産を動かす能力を十分には持てない若年の家長(重要なことですが、婦女は一家の中軸である家長にはなれない決まりに、なっています)については、この者が成人するまでの間、彼の法的な活動をバックアップする役割を引き受けてくれる人物が、どうしても、必要となってきます。それが問題の「後見人」です。このポストには、後見を受ける人物の相続人となる可能性の強い、近親関係にある「身内」が就任するのが、通例です。彼は、被後見人に関するもろもろの事務を日常的に管理するだけでなく、被後見人が積極的に法律行為を実行するさい、それについて「助成」を行ないます。

(4) 後見制度には、元々、権力・支配の構造(ここには、いわば、タテマエ的な契機が、存在します)が、強く刻み込まれており、上に立つ「後見人」の利益を確保することが、最優先されました。しかし、後代には、「被後見人」の利益を確保するという発想が、有力になります(ここには、いわば、ホンネ的な契機が、存在します)。この傾向は、「理」にも適っており、モダンなもの

と規定しても、差し支えないでしょう。法学者は、その線で、各種の法技術を磨き上げました。

(5) ところで、今や一家の主となった息子が、独自に、自身の財産を動かす能力を身に付けることを可能にする「成人年齢」というものが、ローマでどの辺りに設定されていたか、と申しますと、男子については、一四歳辺りで成熟者(いわゆる「成人」)となります(一方、女子については、それより前の一二歳でその地位が得られることに、なっています)。これは、現代日本や世界の他の国々で設定されている成人年齢の場合に比べますと、かなり低いところに設定されていますが、日本の武士社会における「元服」の年齢とは、それほどは違っていませんね。ローマでは、あるいは、一つには、若者を早く兵役に就かせることが軍事的に重要視されたので、そのようなシステムが採用されてきたのかもしれませんが。

(6) 農業中心の経済構造の下では、財産を動かす(例えば、売ったり、買ったりする)機会はそのほど多くはなかった関係で、一〇代半ばの「若すぎる大人」の行動は、それほどの問題を生じさせなかったようですが、時代が下るにつれて、取引経済が活発化し、人が活動的になってきますと、社会経験不足の彼らが、よからぬ輩の餌食になり、経済的な損害を被ってしまう事態も、増加してきましたので、すでに完全な法律行為能力を保有するようになっている二五歳未満の、「成人」男性を、新たに「保佐」の対象とする保護規定を盛り込んだ「ラエトーリウス法(プラエトーリウス法)」が、制定されます。これにより、一連の「弱者保護制度」は、完成しました。

(7) 以上の話は、自権者としての男性(家長)についてだけ当てはまるもので、一家の家長にはなることができない、自権者としての婦女には、関係がありません。彼女は、終身、「婦女後見人」の保護下に置かれているからです。

(8) 「後見」と並ぶ、正規の、「弱者保護」の制度として、精神錯乱者と浪費者のための「保佐」があります。

(9) 被後見人の資産をいわば「信託された」後見人が、その管理運用権を濫用し、利益を不当に得ることは、おそらく日常茶飯事だったでしょうが、そのとき、被後見人が自身の被った損害を回復することを可能にしてくれるような法的手段(つまり、訴権)を得られるよう、法学者が努力してくれたおかげで、それが、いくつも、開発されていきました。これらは法技術の結晶と見ることもできます。

## (七) 婚姻立法

(1) 現代の「婚姻」は立派な法制度ですが、ローマでは、それは、単なる「社会的事実としての存在」にすぎず、れっきとした「法関係」ではありません。

もっとも、その「事実としての婚姻」は、いわば「反射的な効力」として、数多くの「法効果」を引き出します。したがって、「婚姻は事実的存在だから、軽く扱ってよい」などとは、とても言えないわけです。

(2) 「婚姻」は、婚姻意思＝婚姻意識を互いに持ち合ったかたちの、夫と妻の「生活共同体」です。言うまでもなく、これは子孫の獲得を目指すものですね。この原理は、古今東西、どのような社会においても、絶大な力を持っています。さすがに、現代では、そのような発想は、あまりにも「動物的な(?)」ものとして、控え目に受け止められるように、なっています。「婚姻は男女が一生を共にすることを本質とする生活共同体である」という発想の方が、はるかに「人間らしいもの」だからです。

(3) 現代流の表現によれば、ローマの婚姻は、「法律婚」ではなくて、「事実婚」ということになるでしょうが、「婚姻」という事実が社会的に存在を認められるためには、それが、いくつかの要件を満たしていなければなりません。婚姻しようとしている男女が、共に、成年に達していること、重婚でないこと、婚姻当事者間に「通婚権」が存在すること(例えば、ローマでは、その昔、貴族と平民の間には、その通婚権が認められていなかったのも、婚姻は成立しませんでした)、近親婚でないことなどが、その要件の主要なものです。

(4) さて、本項のテーマは、かなりユニークな「婚姻立法」です。元首政(初期帝政)の創始者・アウグストゥスは、上流階層(端的には、国家を指導する立場にあることを求められている貴族)の許において、「少子化現象」が顕著になり(ある調査結果によりますと、貴族のトップクラスである「元老院議員を出す家系」のかなりの部分が、わずか二代ぐらいで消滅してしまう事態も、しばしば生じたということです)、国力の低下が問題となっていることを憂慮して、思い切った「人口増加政策」を、立法形式で、打ち出しました。結果的には、何やら異様な雰囲気も付きまとっているこの法律は、上流社会では不評判で、その実効性にも問題があったようですが、とにかく、「生殖」という微妙な問題を巡って、立法方式で、「人口増加」を目指す試みを真剣に行なうところに、「法の国」ローマの特徴がありますね。他の国の場合なら、もっと「ソフトな」対応策が編み出されたことでしょうが。

(5) 紀元前一八年に制定された「婚姻階層に関するユーリウス法」、および、紀元後九年に制定された「パーピウス・ポッパエウス法」が、その立法活動の成果です。これらの「婚姻法」において、まず、「婚姻の禁止」が打ち出されています。「生来自由人(奴隷身分から解放されてローマ市民となった者ではなくて、生まれつきの自由人市民)について、売春婦、売春斡旋業を営む女、俳優、姦通の現場で押さえられた女などの、「下品な」婦女との婚姻が、禁じられました。それから、最上流の市民である元老院員議員とその子孫については、

奴隷身分から解放されて自由人となった女との婚姻も、その禁止枠に組み込まれるなどして、その枠は大きく広げられています(もっとも、その禁止に反する婚姻は、当初は、無効扱いにはなりませんでした)。また、性道徳の乱れを食い止めるために、前一八年には、刑事法としての「姦通に関するユーリウス法」が制定されていますが、これも、婚姻を正常化する政策の表われの一つと、見てよいでしょう。

(6) 次のポイントは、「婚姻義務」という不思議な強制が、堂々に行なわれたことです。男子については、二五歳から六〇歳までの間、また、女子については、二〇歳から五〇歳までの間で、市民は婚姻をしていなければなりません。それに加えて、この年代において、配偶者を失なった人、および、離婚した人には、再婚することが、義務付けられます。それには、重要な例外がありまして、少なくとも三人の嫡出子を持っている生来自由人の男子、および、少なくとも三回出産した経験を持つ生来自由人の女子には、その婚姻義務が免除されます。もう十分に御国の「人口増加政策」に貢献した、ということで、「再婚しない自由」が与えられるのです。学問的には、この状態は、彼らが「三子の権」を保有していると、表現されます。なお、これは、ありがたい待遇なので、元老院や皇帝から、人々に「特権」として与えられることも、ありました。何事に付けても、「例外」を設けるのが御好みだったローマ人ならではの、気の配りようですね。この件から離れて一般的な話題に入りますが、「例外」は「抜け穴」に通じます。悪賢い連中は、しばしば、法規制を「抜け穴」だらけにし、「骨抜き」にしてしまうテクニックを色々と考案したことでしょう。これは、古今東西、どこでも見られる現象なのですが、「法の国」の住人であるローマ人も、この点に関して、かなり「達者な(?)」人たちでした。ところで、本来ならば、法律には、違反者への罰則や不利益処分がきっちりと設けられていなければならないのですけれども、ローマには、こういった「制裁(サンクション)＝ホンネ」を欠いた「不完全法」も、多く存在しています。考えようによっては、これも「抜け穴」の一種ですね。もっとも、国家権力が強まった後代には、「完全法(制裁をきちんと具えている法規)」が、しだいに増加してきました。

(7) アウグストゥスが知恵を働かせて考案した「婚姻法」には、そのほかに、かなり強烈なインパクトを持つ制度が、組み込まれています。人が、その生涯においてそれなりの資産を手に入れる機会の最たるものは、「相続」が発生する場合ですが、独身を貫く人は、「相続」あるいは「遺贈(遺言によってなされる、財産の贈与)」を通じて資産を手に入れることはできない、という仕組が設けられているからです。また、婚姻していても、子供を持たない人は、その資産の半分しか、手に入れられません。この規定が適用されたために計算

上残ってしまう資産は、「顛落資産」の扱いを受けます。そして、これは、国家から、問題の人物以外の相続人もしくは「受遺者(一人以上の子を持っている場合にかぎられます)」に与えられ、それでも該当者が存在しないときには、この残存分は、そっくり、そのまま、「国庫」に組み入れられることになっていました。なお、このような法的な不利益のほかに、社会的・政治的な不利益も、違反者に対して、さまざまなかたちで科せられることになっていたでしょう。その一例として、独身の人物が国家の要職に就任する場合に、不利益な扱いを受けたり、元老院議員としての地位に差を付けられたりすることが、挙げられます。

(8) アウグストゥスの意欲的な立法が、現実にはどの時代まで効力を保ち続けたかのかは、不明ですが、いずれにしても、これは、段階的に廃止されるか、あるいは、不使用によって存在感を失うかのかたちで、消滅していったのでしょう。

(9) 全般的に見てみますと、この法律はなかなかよくできていて、そこには、アウグストゥス帝の執念が滲み出ていますね。もちろん、原案を起草したのは「お抱え法学者」でしょうが、その「法案構想力」は、相当な高さのものです。ここには、「立法」分野の「法技術」が駆使されています。

#### (八) 嫁資

(1) 現代日本で、女性が、婚姻するとき、相当額の「持参金」を実家から貰って、それを婚家に持ち込む「しきたり」が残っているのと同じように、ローマでも、婚姻のさいには、「嫁資の付与」という形式で、「実家」の家長の手で、かなりの資産を「婚家」へと移動させる仕組が、成り立っていました。ローマの「嫁資制度」が、社会的にも、法的にも、しっかりと組み上げられているところが、注目点ですね。

(2) ところで、ローマの婚姻には、「手権婚」と「自由婚」との、興味深い区分がありました。前者は、日本語の「嫁」という言葉が如実に示している通り、妻となった女性が「家(婚家)」の「女」になるような構造のものです。「手権」というのは、「家長権」、ひいては「所有権」とある意味では同質の権利のことです。嫁として入ってきた女性に対して、家長(夫がたまたま家長であることもあります)が保有する支配権です。一方、「自由婚」は、これとはまったく違って、その女性が、従来通り実家の家長の家長権に服属している状態で、婚家に入ってくるタイプの婚姻です。問題の「嫁資」は、どちらのタイプの婚姻においても、同じように設定され、婚家に持ち込まれますが、ホンネ上の話としては、「自由婚」状態にある妻の方が、実家の家産を守る、といった意識の下に、嫁資の「運命」について主体的に関心を抱く割合が、實際上、

多かったことでしょう。もちろん、嫁資を与えた家長が生きていれば、その関心の度合いは、さらに高まります。

(3) さて、嫁資の「本質」についてですが、これは、妻となっている女性が、婚家で、そのファミリーのメンバーと対等の一員としての扱いをして貰うための「見返り」として差し出される資産、と考えておいてよいでしょう。そこには、リーズナブルな「損得計算」が働いていると、言えるかもしれません。その点ともいくらか関連してきますが、嫁資の所有権は、婚家の家長に属することになっています。これをどのように運用(使用したり、収益に役立てたり、処分したりすること)しても、差し支えないのです。これが、嫁資制の「タテマエ(制度原理)」です。多くの場合、時とともに、嫁資は目減りしていくことでしょう。それは自然の成り行きとも言えますから、仕方のないことです。

婚家の家長が他家から入ってきた妻の持ち込んだ資産をまったく自由に操ることができる、という扱いは、一つの理屈からしますと、理に適っているでしょう。しかし、時代が下るにつれ、「離婚天国」現象が顕著になってきたローマでは(ある推定によりますと、上流階層の間では、離婚率は三〇パーセントにもなる、とのこと)、離婚時の嫁資取り戻しの可否が大問題になることを背景として、訴訟実務での積み重ねの結果、嫁資に対する、婚家の家長の権利は、かなり下落し、言ってみれば、「形式(タテマエ)上の」所有権にすぎず、実質的には(ホンネ的には)、嫁資を使用・収益するための権利である「用益権」クラスの低い位置付けにしかならない扱いへと、変わっていきました。これは、ホンネがタテマエを押しつけた事例の代表的事例の一つと、見ることができます。元・妻は、歴代の法務官が、法学者の助言により、時間を掛けて考案してきた「嫁資訴権」というものを武器にして、しばしば、夫やその相続人を相手に、法廷で嫁資返還を目指して戦うのですが、ここには、「ローマの女性は強かった」という、世間の評判の源の一つが、あるかもしれません。

(4) 嫁資の保護については、法的なバックアップがさまざまに展開されています。例えば、家長の資産が抵当の対象になっている状態で破産が生ずる局面では、元・妻は、嫁資分を、債権者の保有している債権を押しつけて、優先的に返済して貰えることとか、嫁資としての土地の譲渡や質入れを行なうことを家長に禁止する法律が制定されることとか、その例です。

(5) ところで、婚姻が順調に継続されていれば、嫁資の運用方法や嫁資の帰属先など、取り立てて問題にされることなど、ありませんが、いざ離婚となりますと、元・妻は、取り戻した嫁資をその後の生活の支えとしたり、それを再婚用の嫁資の「原資」にしたりしなければなりませんから、彼女は必死なのです。取り戻し額をどのように算定していくかについては、各種の難問がつぎつぎに生じてきましたが、法学者は、時代の流れに従って、返還請求をする元・

妻に有利となるような理屈を、いくつも、考案しています。ここが法学者の腕の見せどころなのでした。ローマ法を最終的に纏め上げた「ユスティニアヌスの法」の段階では、夫の死亡、または、妻に責めのない状況での離婚の場合には、嫁資は妻に帰属し(もつとも、夫は、離婚のさいには、嫁資から各種の控除を行なう権限を行使できます)、妻の死亡の場合には、それは、通常は、夫に帰属することになっています。ここまで辿りつくには、紆余曲折があったに違いありません。

#### (九) 特有財産

(1) 特有財産というのは、家長から、その家子(とりわけ成人した息子)や奴隷に、特別に、恩恵として、分け与えられている財産のことです。俗な表現を用いますと、これは、一種の「へそくり」のようなものですね。家長は、理論(タテマエ)的には、その財産の所有者ですから、彼には、それを、いつでも、自身の気に入ったときに、一方的に回収することが可能となっている関係で、その嫁資の保有は、暫定的なものにすぎません。それでも、習俗上(ホンネでは)、家長がいったん与えたものを理由もなく取り上げるようなことは、彼には許されなかったでしょう。この特有財産の制度が最大限活用される場面は、家の外のフィールドにおいて、広い意味における「ビジネス(売買や金銭の貸し借りなど)」が発生する環境下で、生まれてきます。

(2) では、このような特有財産が、わざわざ、家子や奴隷に与えられるのは、どうしてでしょうか。以下のような事情がその理由となってくると、考えられます。単純な構造の、狭い農業社会では、奴隷や家子は、いわば「内の世界」で、家長の「伸びた手」として(つまり、家長の身体の一部のようなものとして)、日常的に動いていましたので、家の外においても、彼らの動きは、法的には、独自性を帯びてはいません。家長が前面に出てくるのです。しかし、経済生活に厚みが増し、物流が活発になり、貨幣経済が成り立つ時代に入りますと、家長とは別に、家子や奴隷が、「家の外の世界」において、ときには、自身の裁量で、ささやかなビジネスに積極的に乗り出し、その特有財産を元手にして、現金収入を得ることも、不可能ではなくなってきました。家長は、最終的には、彼らの儲けが、回り回って、自身のファミリー全体の利益になると考えて、そのような経済活動を大目に見ていたに違いありません。もちろん、家子や奴隷には、それなりに、「ポケットマネー」が手に入ったことでしょう。これは、彼らの「固有財産」のようなものです。実際のところ、家子の場合とはまったくして、「物」にすぎない奴隷までもが、事実上、少額でも、自己資産を保有するなど、とても画期的なことですね。なお、発生過程論の観点からしますと、



奴隷の特有財産制の方が、家子のそれよりも早期に定着したようなので、後者のケースは、前者の「模倣型」と見てもよいかもしれませんね。

(3) もし、家子が、成人して、社会生活をそれなりに営めるところまでくれば、この者を、法的にも、経済的にも、自立させてやるために、家長が、自らのイニシヤティヴで、「家長権免除」の手続を実行してやれば、財産管理を巡る問題はシンプルなかたちで解決されるのですが、しかし、資力も経験も乏しい家子を世間の荒波の中に放り出すのは、危険です。それで、「家長の権力下にある」というタテマエと、「家長とは距離を置いて動く」というホンネの狭間で家子を「泳がせて」おくという策を、ローマ人は思い付いたのでしょう。ローマの家構造は、時代の変化とともに緩んできたのですが、それでも、結局のところ、後代に至るまで、立派に成人した家子に完全な財産能力が付与されるようなことは、ありませんでした。つまり、保守的で、伝統を重んずる性質を強く示していたローマ人は、「小手先の技術」で、問題を「しなやかに」処理していたのです。

(4) さて、家子が、例えば、特有財産を用いた商取引との絡みで、債務超過に陥ってしまった場合、最終的に誰が責任を負うのか、という法的難問について、考えてみましょう。そもそも、特有財産を家子に与えたのは家長ですから、彼が全責任を負う、というのは判り易い道理でしょうが、おそらく、それでは、家長の資産に危険が及びます。そこで、法の実務では、家長により特有財産として与えられたものが、家子が特有財産がらみで有責判決を受けた時点で持っている「金銭価値」の範囲内でのみ、家長が家子の判決債務を最終的に肩代わりするという、中間的で、折衷的な処理方法が考案されました。それによってカバーされない債権は、いわゆる「不良債権」のようなものとなってしまいますね。ここには、「出資者」である家長の民事責任に関して、「限定責任」の法理が適用されているようにも、見えます。結局のところ、見方によれば、「特有財産制」というものは、タテマエとホンネがファジーなかたちで絡み合っているフィールド、ということになります。つまり、このようにして、財産能力をタテマエ上(法的に)認められていない家子でも、結果としては(ホンネ的には)、部分的にその財産を合理的に運用する能力を身に付けたことになるのです。

(5) ここで、「物」でしかない「奴隷」が「特有財産の世界」にまで入り込んで、その存在感を外部に向かって示すのはなぜかを、考えて見ましょう。奴隷は、ファミリー経済の世界では、とりわけ、主人のために羊などの小家畜の世話をすることで、主人一家に、大いに貢献をする存在なのですが、彼らが努力や気配りをしっかりとやって、家畜の数を増やすことに成功したとき、もしその「果実」の分け前を主人から貰えれば、彼らは個人資産(へそくり)を持て

るようになります。この資産は、ときには、将来において、奴隷が自身の財力によって主人から自由を買い取るさいに、大いに役立ちますから、家長が奴隷に与えた資産は、回り回って、主人の元へと還流してくるわけですね。それから、「外の」ビジネスの世界で活動する奴隷についてですが、ローマが、先進的な経済を展開していたギリシア世界を征服によって傘下に収めたとき、その地の商人たちの一部も、戦争奴隷としてローマに連れて来られた、という情況が、重要なポイントです。農業人でしかなかったローマ人は、彼ら奴隷の、筋金入りの商才を、ビジネスの最前線で活用することに、成功したことでしょう。つまり、ここでは、問題の「特有財産」は、「経済」活動の新たな「原資」として利用されたわけです。

(6) 「特有財産制」は、家長の家権力の支配する、狭い領域内部での制度なのですが、「頭の軟らかい」ローマ人は、その枠組(タテマエ)を活用して、家長権に服している兵士が外地での勤務の中で得た財産(例えば、戦利品)を、兵士の固有財産として認める制度を、考案しています。つまり、兵士が軍務において獲得した財産は、遺言で自由に処理できるのです。また、退役した兵士にも、その特典が付与されたり、さらに、問題の遺言経由方式の利用だけではなくて、生きている内に財産を処分することまでも、認められたりするように、なっています。ここには、法技術の開発が制度の適用範囲を広げていくプロセスが、見えていますね。また、時代が下るにつれて、家子でありながら、高級官吏や聖職者にまで出世している人物などの、「民間人」の場合にも、彼らの個人資産は、「準特有財産」の扱いになる、という恩典が、認められます。「準用」の手法により、合理的なかたちで、限りなく制度の適用範囲を拡大していくのは、ローマ人御得意の対処法でした。

(7) 「特有財産」を例外的なものとしながらも、それが活用されるフィールドを大きく広げて、家子の財産能力を高めるテクニックを開発したローマ人の知恵には、「原則には手を触れず、例外をかぎりなく膨らませる」、いつもの「特技」が、顔を見せていますね。

(8) このように、家長が、家子の債務負担行為について、特別に、部分的な責任を自ら負ってやるシステムは、いわゆる「付加的性質の訴権」という、使い勝手のよい制度の一つなのですが、ここにも、「正規の訴権」では救済不可能な事案を巧みに対象として組み入れることにより、トラブルの、合理的な解決を図るテクニックが、見えています。

## (一〇) 奴隷解放

(1) 現代では、「奴隷」と言えば、いかにも時代錯誤の観念・概念の表われと受け取られており、奴隷は、「前近代的な」存在とされています。もっとも、

自由・平等を旗印にしているアメリカでさえも、一九世紀後半までは、「奴隷大国」の歴史を引きずっていた国ですから、そこでの「奴隷問題」は、それほど簡単に解決されたわけではないのです。さて、ローマは、歴史上、「超奴隷大国」の名にふさわしい国家と、考えられています(紀元前後の帝政初期の段階では、イタリア半島全体の人口七五〇万の内で、奴隷の数は二〇〇万以上になると、推定されています)。戦勝によって大量の「戦争奴隷」が生まれてきたのが、そのきっかけとなりました。ローマ法上、奴隷は堂々たる「物」でしたが、しかし、それはタテマエ(制度)上のことでして、ホンネでは(現実には)、彼らが社会において重要な役割を果たしてきたこともあって、彼らに対してそれなりに「人間扱い」がなされる部分が、制度のあちこちに、散在しています。リアルな言いかたをしますと、奴隷は、主人から「人間らしく」扱って貰えれば、「人間になろう」と懸命に働いて、自前で自由を「買い取る」気持ちになってくるのではないのでしょうか。

(2) さて、本項のテーマは、奴隷が「物」から「人間」へと画期的にステイタスを上げることが可能にする「奴隷解放手続」問題です。賢明なローマ人は、この制度の運用において、かなりきめ細かな法技術を考案してきました。

主人(奴隷所有者)が奴隷を解放してやる動因としては、精神的なものとして(つまり、タテマエ系のこととして)、解放を、奴隷の長年の奉仕への御褒美として実行する、という「上から目線」のものが、あります。とりわけ人の目を引くのは、被相続人(死者)が、その遺言により、多数の奴隷の解放を相続人に指図しておくケースです。これによって、死者が「慈愛・温情に溢れた人」であったことが、世に知れ渡りますね。次に、「そろばん勘定(損得計算)」の見地から、主人(奴隷所有者)が奴隷自身の「へそくり」を巻き上げるために、対価と引き換えに解放を実行してやる場合が、あります。これはホンネ系の動因になってきます。「奴隷が自己資金で自身の自由を親方から買い取る」などというのは、洒落ていますね。旧主人には、このような「短期的な」利益が生み出されるだけでは、ありません。解放された奴隷が、旧主人の保護(保護者は、被保護者に対して信義を果たすことを求められているのですが、実は、ここには、「支配」の要素が前面に出てきます)の下に置かれ、実質的には、彼には、奴隷のときよりもいっそう熱心に、旧主人に奉仕し続ける「社会的」義務が課せられることを通じて、旧主人には、「長期的な」利益の取得も、見込めるからです。しかも、元奴隷の、被保護者としての地位は、世代を超えて続いていくことになっています。このように表現しますと、解放された奴隷の地位が劣悪であったように受け取られるかもしれませんが、実のところ、正規の市民でさえも、有力市民の保護の下に置かれていましたから、解放された奴隷の地位の低さが突出していたわけでは、ありません。

(3) 自由付与の通常のプロセスは、「杖による解放」という要式行為を実行するやりかたです。その手続過程を見てみましょう。解放をしてやろうとする主人は、当の奴隷と、原告(奴隷が「自由身分」を保有していることを主張してくれる人)という特別の役割を担う市民(たいていは、友人)を伴って、法廷を指揮する法務官の面前に進み出ます。この人物は、当の奴隷に杖で触りながら、「この奴隷は、れっきとした自由人市民である」という、訴訟上の主張をします。これに対して、奴隷の主人の立場にある人は、この主張に対して異議申し立てはせず、相手方の主張をすんなりと認めてしまいます。これで、「自由身分回復訴訟」において原告が勝訴を勝ちとるかたちができあがるのですが、それを受けて、法務官は、「帰属確定」の措置を取り、奴隷の自由身分保有を「確認」します。ここには、所有権譲渡のための一種の技法として古い時代に開発されていた「法廷譲渡」のプロセスが奴隷解放の手続にちゃっかりと転用されているかたちの、法的技術の開発の成果が見られます。単なる私人のごく日常的な奴隷解放にまで、法務官が関与することにより、奴隷解放について公示性が得られるところが、このシステムの大きなメリットですね。

(4) 紀元後の世紀に入ると、このような、あまりにも形式にこだわる行為方式の利用は捨てられ、もっとストレートなかたちで、奴隷解放が実現することに、なりました。法務官が市内を歩くときには、かならず先導吏(従者)が付くのですが、この人物の面前で、主人が、奴隷に杖で触れ、一方的に解放を宣言することで、目的が達せられるのです。このように「略式の」スタイルを考案するのは、ローマ人御得意の技なのでした。もう一つ、「お上」が関与してくれる解放方式が、存在します。それは、五年ごとに実施される「戸口調査(現代の「センサス」のようなもの)」のさいに、奴隷を市民として登録しておく方法です。こういった公簿記載方式には、何やらモダンなところもありますね。

(5) それから、「遺言」による解放というものが、あります。これは、生きている人ではなくて、死者(被相続人)が、解放の主体となる点に、特徴が見られます。また、ローマ人は、通常の直接的な遺言解放のほかに、そのヴァリエーションを編み出しました。それは、ある人が、相続人に、特定の奴隷を、ひとまず、遺贈(遺言において贈与する行為)しておいて、適当な時期になってその奴隷を解放してやるよう、相続人指示をしておく方法です。これが「信託遺贈」と称されるものです。

(6) ところで、「条件(停止条件)」付きの奴隷解放という、複雑な解放形式が、すでに、「一二表法」に見えています。これは、遺言で、被相続人が所有している奴隷が、自身の死後に、相続人に一定額の「解放金」を差し出した時点で、初めて、解放が成立する仕組が設定されている場合のものです。この

奴隷は「候補自由人」と名付けられていますが、「時間差解放」の技術が、ここにも、発揮されているのです。

(7) 後四世紀の皇帝であるコーンスタンティヌスは、キリスト教信仰を公認した人物として世に有名ですが、彼は、「聖なる教会における解放」という新方式を開発しました。司教によって招集されたキリスト教徒の面前で主人が解放意思を宣言すれば、それでよいのです。これは、「準公的な解放」と位置付けることができますね。

(8) 以上の話は、すべて、奴隷が解放によって正規の市民権を獲得するケースです(余談ですが、ギリシアのアテナイでは、これとは違って、解放された奴隷は、市民に比べて格の低い「在留外人」の扱いにしか、して貰えません)。このような「タテマエ的な(つまり、市民権というタテマエを伴った)」性質の解放形式のほかに、共和政も末期になりますと、「ホンネ的な(つまり、正式には自由人市民の地位には上昇できませんが、事実上、自由人市民と扱って貰える)」性質を持つ解放方式が、法務官のイニシヤティヴによって、開発されていきます。例えば、証人(友人など)の面前で「解放宣言」が行なわれるケースや、「自由付与状」が交付されるケースが、この例です。このように、手続的には中途半端なポジションに置かれている人物も、時代の流れに伴って、まず、ローマ市民権保持者の場合に比べて劣格の、「ユーニウス法によるラテン人」のステイタスを与えられ、制限的な権利能力を立派に獲得できるようになります。最終的には、彼らは、正規のローマ市民の資格を獲得しました。このように、ローマ人は、何百年も時間を掛けて、微調整を繰り返しながら、最後には然るべき結末を付けるのが御得意な人たちです。

(9) 被解放奴隷は、市民のステイタスを獲得するのですが、「生来自由人(生まれつきの自由人)」と同等の扱いを受けることはできません。例えば、政治的な権利は、保有できないのです。それでも、その子は、「生来自由人」となりますので、親子二代で、身分上のハンディは、きれいに、拭い去られます。

(10) アウグストゥスは、婚姻立法の場合と同じように、市民の質を下落させないために、遺言で解放できる奴隷の数に制限を加えることを定める「フィーフウス・カニーニウス法」を、前二年に制定しました。これは、リッチな人々が、自慢のために、多数の奴隷を解放する風潮に歯止めを掛けようとするものです。

#### (一一) 相隣関係

(1) 農業経済の下にあった初期ローマにおいては、まず、農地や宅地の間の相隣関係(隣接する不動産相互間の法律関係)が、日常の社会生活でのトラブルの種となるが多かったのですが、国家の発展とともにローマ市の都市化が

進むにつれて、今度は、建物相互間の相隣関係を巡るトラブルが、新しいものとして、頻発するようになりました。現代日本でも、ローマの場合と同じように、相隣関係が、深刻な隣人間の対立を招く場合が少なくないので、法規により厳密に規制が加えられていることは、世間でもそれなりに知られている事柄ですね。すでに、共和政時代の初期に制定された「一二表法」にも、かなりのレベルを持った規定が置かれるようになっていました。ここには、隣人関係を法規制の対象とする技術が、はっきりと見えています。

(2) なお、この「相隣関係」の規制と、実質上、同じような機能を果たす法的装置として、「役権」というものが、あります。これは、私人が法律行為を実行することにより設定がなされて、効力を発揮するものです。前者が、「タテマエ(法規)」の取り仕切る、「公」の世界の出来事であり、後者が、「ホンネ(私的自治)」の取り仕切る、「私」の世界の出来事であるとも、言えますね。性質上「硬い」構造の「タテマエ」とは違って、「ホンネ」は「軟らかい」ものなので、役権を使い勝手のよいものとするために、「私」のフィールドで、法技術の開発が続いていきました。ところで、相隣関係を円滑に保つための仕組みとしては、まず、役権のようなものが私的に組み上げられてきた実績の上に、法規による規制が試みられた、という構図になってくるように思われます。

(3) 以下に、土地に関する「相隣関係」の法ルールと、建物に関する法ルールを、併せて、御説明をしておきましょう。

ところで、「所有権」は、その本性上、「物に対する完全な権利」ということで、権利の中でも最高の存在と考えられていますが、その流れの中に、「絶対性」という基本的な性質のほかに、「義務を課せられたり、制限を付けられたりすることを嫌う」性質や、「義務や制限という負担が取り払われると、即座に元の完全な姿へと戻る、という弾力性を保有する」性質などが、あります。したがって、所有権に制約を加える相隣関係というものへの法規制は、慎重に行なわれます。以下に、「一二表法」の規定やその展開の中に見えている制度の中味を摘記してみましょう、

突出・・・隣の家の木から、枝が、ある人所有の土地へ突出してきたときには、その人は、問題の枝の、一五フィートを超える部分を切除するよう、隣地の所有者に請求することができます(これは、生活上大切な日光がさえぎられることを防止するための措置です)。地下にある根についても、これを切断させることが、可能です。相手方がその作業をしないときには、その人が自力で木や根を切り取る行動に出ても、差し支えありません。これは、法上許された「自力救済」の一つのパターンですね。

落下・・・ある人は、自身の土地に生えている木から果実が隣地に落下してしまった場合には、一日おきになら、その隣人の土地に立ち入って、果実を拾

い集めることを、許されています。毎日はその作業することができない、というのは、面白い解決策ですね。もっとも、立ち入り不可能な日に隣人がちゃっかりと他人の果実を頂戴しておく、という奥の手もないわけではありませんが、そんなことをやらかすと、隣人関係にひびが入ってしまうでしょう。

雨水流入・・・低い土地の所有者は、高い土地の所有者が、水関連の構造物を設置したりして、本来存在した自然の流れに人工的に変更を加えたことから、不利益を被る状態になった場合には、それを撤去し、現状に戻すよう、要求することができます。ローマの町では、家が「七つの丘」の側面にびっしりと建ち並ぶのが普通ですから、人々は、上の土地から流れてくる雨水を受け入れたり、下方の土地へと雨水を流したりすることには、日々気を遣っていたことでしょう。一方、下水道系の生活排水の処理は、大問題を引き起こすことが少なくありませんので、道路の溝などの人工的な設備を設置する方式で、汚水を集約的に処理していたかもしれません。ちなみに、ローマは、下水道設備を、かなりの程度、用意できていた、珍しい国です。その背景には、ティベリス川が町の傍を流れているだけでなく、イタリア半島の中央部に長く延びていたアペニン山脈から流れ出る豊富な水を、泉などを介して、容易に利用できた、というラッキーな事情が、あります。

建物倒壊・・・イタリアでは地震はあまり発生しないのですが、市内中心部には三階建クラスの高層建築も少なくなかったので、倒壊に備えて、大いに気配りがなされたことでしょう。この問題に対処するための法技術につきましては、後の(一六)に置かれている、「危険への対処」の項目のところで、少し詳しく扱うことにします。ローマも初期の時代には、立派な建物などありませんでしたが、それでも、倒壊トラブルは発生してきますので、「一二表法」には、それに対処するようなルールが設けられていたものと、推測されています。

隣地通行・・・人が、公道に面していない土地(とりわけ、墓所に通ずる土地)へ行くために、他人所有の道路を通行することを可能にする権利です。

境界地設定・・・二筆の土地の間では、農業用の犁を方向転換させるために、五歩分の「境界地」を、隣接土地の所有者たちが、二分の一ずつ所有するかたちで設定しておかなければなりません。

放出・・・ある土地に存在する建物から隣家に放出される煙・水蒸気・臭気・騒音などを、許容限度を超えるかたちで放出することは、許されません。

不当な建築工事・・・すでに設定されている「建物役権」(例えば、眺望を確保しておくためのものや、隣家の高さを制限しておくためのもの)を侵害するような建物を新たに建てることは、許されません。新築工事の禁止や、建物の取り壊し命令が、法務官によって発せられる場合も、あります。

## (一) 役権

(1) 「役権」という言葉は、世間一般では、ほとんどなじみのない法律用語ですが、これは、「自身の物の役に立つ権利」とでも言い換えて頂ければ、とりあえず、御理解が容易になるでしょう。「何が役に立ってくれるか」と言いますと、例えば、ある土地(仕える側の土地＝承役地)」が、他のある土地(承役地を支配することによって利益を得る側の土地＝要役地)の役に立つようにする(つまり、メリットを生じさせてくれる)」、という構造が、そこに成り立ちます。所有権者は、このような権利が他人の手で設定されてしまうと、困ったことに、継続的に「負担」を負っていかなければなりません。

(2) 役権は、当事者間の契約によって設定される「賃借権」などのような、私的な「債権」とは根本的に異なって、堂々とした、公的な「物権」(永借権・地上権・担保権などと並んで、絶対的で完全な権利である所有権に制限を加える制限物権)として構成されていますから、「握取行為」や「法廷譲渡」といった、古式ゆかしい厳格な手続を駆使して、設定されなければなりません。これにより、権利設定についての「公示性」が確保されるわけですね。

(3) 広い意味における役権には、特定の「土地」に関する「地役権」と、特定の「人」に関する「人役権」との二種類が、あります。役権は永続的な効力を具えているのですが、その役権を設定させて貰うさいには、何らかのかたちで、対価がきちんと支払われる場合も、あります。もちろん、贈与形式を用いて、永続的な利益供与をすることも、あったでしょう。

後者の「人役権(「物」ではなく、「人」の役に立つ権利)」の中で最も重要なものは、「用益権」です。ところで、定義的な規定を法規の中に置くことを好まないローマ法の性質に反して、いわばモダンな定義を法典の中に置いている例が、あります。「用益権は、物の実質を保ちながら、他人の物を使用・収益する権利である」(有名な法学者・パウルの学説法文)が、これです。役権というのは、「タテマエ(構造)的」には、所有権に比べると格下の存在です。それでも、「ホンネ(実質)的」には、役権を保有していることから相当な利益(使用したり、収益したりすることによって得られる利益)が生まれてくるので、この権利は、かなり有用な働きをしてくれるものです。さて、用益権は、用益者本人だけに、帰属します。家長が、自身の死後に、その妻や未婚の娘の生活を継続的に支えてくれるような、この権利を、「遺贈(遺言における贈与)」でわざわざ設定しておく関係で(もっとも、彼女らは、その代わり、相続廃除の不利益を被ることが普通なので、これで、バランスが取れているわけです)、この用益権が、「一身専属的な」権利と位置付けられている点には、合理性がありますね。その相続人は、利益を享受することは、できません。また、用益権者は、他人にこの権利を「譲渡」することは認められていないのですが、「賃



貸」に出すことは可能ですから、このところに、「抜け道」があるのです。ここには、ローマ人の「頭の軟らかさ」が見えているのではないのでしょうか。なお、用益権設定の対象となるのは、毎年「果実(収穫)」を産んでくれる土地が中心ですが、それだけではありません。

(4) 役権というのは、筆者の考えでは、いかにもローマ人らしい、几帳面な制度設計の産物で、ここには、無数の法技術が埋め込まれています。そもそも、役権は、人の社会生活全般を円滑にするための私的手段として開発されていくものですから、そこでは、きめ細かな対応が、随所に見られます。「地役権」には、農業用地用の役権と、住宅用地用の役権の二種類が、あります。まず、前者のパターンを、順次、見ていきましょう。

通行権・・・人や馬が通る道路の利用を確保するための役権です。

家畜通行権・・・家畜(とりわけ、羊)が通る道路の利用を確保するための役権です。

車通行権・・・荷物運搬用の荷車の通行を確保するための役権です。

引水権・・・他人の土地を通して水を引いていくための役権です。

家畜放牧権・・・他人の土地に家畜を放牧するための役権です。

汲水権・・・生活に必要な水を汲み出すための役権です。

次に、後者のパターンを、順次、見ていきましょう。

梁木差し入れ権・・・自身所有の建物の安全強化のために、隣接する建物の設備に梁木を差し入れさせて貰うための役権です。

支柱負担を課する権利・・・隣家の建物設備で自身の建物を支えることを可能にするための役権です。

一定の高さを超える建築物を建てさせない権利・・・日照や眺望を確保しておくための役権です。

出窓を設ける権利・・・隣地にはみ出してしまうような構造の窓を造らせて貰うための役権です。

排出権・・・都市生活を営む場合には、さまざまな排出物の処理が日常的に問題になりますが、下水・汚水・煙などを隣家の方へと排出させて貰うための役権が、必要となります。排出権はそのためのものです。

(5) 役権が他人によって侵害された場合には、被害者は、「タテマエ(制度)」を援用しながら、正式の「訴権」を駆使して救済を求めていくというやり方が主流ですが、それ以外に、被害者は、「ホンネ(現実)」の世界の産物である、法務官の「特示命令」によっても、手っとり早く、保護して貰えます。

### (一三) 時効と「三夜の権」

(1) 少し奇妙なタイトルが付いていますが、ここで、興味深いローマの法技術を御紹介してみましょう。結論から言えば、ここでは、「三夜の権」という制度により、「時効の中断」が発生する、というプロセスについて、論じていくことになります。

(2) まず、「時効」というのは、「時の経過」という要素に特別な法的効果を与えるシステムでして、物流がある程度活発になった経済環境の下で、硬い構造の「静・静態(タテマエ)」ではなくて、軟らかい構造の「動・動態(ホンネ)」に注目しながら物流を規制していく意識が高まったところで、生まれてくる発想です。後者の考えかたによるならば、「所有権者でなくても、ちゃんとした理由により、相当な期間、物を支配下に置いている人は、それを自分のものにしても構わない」という姿勢は、それなりに理屈の通ったものでしょう。話題は急に変わりますが、「あれはもう時効だ」とか言って、自身に有利となるように、各種の、面倒な問題を揉み消す人物も、現代日本にまだ存在しますから、世間ではこの法的概念が、「日常語」として、それなりに流通していると、言えるかもしれませんね。

(3) 日本民法の時効の制度は、ローマ法で整備された時効の制度と繋がりを持っていますので、これは、時を超えた普遍的な制度と言えるでしょう。

(4) ローマ法の時効制度は、長い時間を掛けて編み上げられたものです。その中核に「使用取得」が位置しています。一般に、時効には、「取得時効」という「プラス系」のものと、「消滅時効」という「マイナス系」のものがあるとされていますが、問題の「使用取得」は、前者のグループに属します。

(5) 使用取得が成立する要件としては、以下のものが設定されています。対象物が使用取得の可能なものであること(盗品については、それは成立しません)、売買などの、正当な原因に基づいて、対象物が、善意で、占有される状態に至っていること、土地については二年間、その他のものについては一年間、中断のない状態で占有が継続されていること(後代には、その時間の幅を三年に延長したり、使用取得と同じような機能を具えた制度において、三〇年の期間設定がされたりするなど、工夫を凝らした制度が、いくつか考案されていきました)などです。ある物の「法的前歴」とは無関係に、まったく新しい権利を、「原始的に」生み出してくれる「取得時効」は、手っとり早く、権利関係に明確さと安定をもたらしてくれる制度ですから、人間が考え出した制度としては、かなり高級なものですね。さすがに、ローマでは、現代日本法で認められている「即時取得(即時に所有権などを取得させる制度)」といった、メリハリの利いた制度までは、開発されませんでした。それでも、一年とか二年とかの時間の経過を待てば、人が物を手に入れるチャンスが、かなり、あります。ここには「無から有が生じる」ことにも似たパターンが見られるのですが、それ以

外にも、取得時効は、権利のステイタスが「格上げ」される結果を生み出してくれることも、あります。つまり、重要な物とされている「手中物」は、正規の、煩雑な手続を経由しないかぎり、正式には譲渡できないことになっている関係で、その目的物を単に「引き渡して」貰っただけの人は、「市民法上の所有権」を獲得することはできず、「法務官法上の所有権」のようなもののしか、手に入れることができませんが、人は、問題の「取得時効」の仕組みを活用すれば、その格下の権利を、正規の「市民法上の所有権」へと格上げすることに、成功するのです。

(6) ところで、日本のマスメディアでよく取り上げられる制度に、「公訴時効」というものが、あります。犯罪行為に出た者に対しては、犯行後どれほど時間が経過しても、この者を刑事訴追の対象に据えたままにしておき、きちんと刑罰を科するべきである、というのは、ごくまっとうな考えかたですけれども、その対極のところに、犯罪実行から一定の期間が経過してしまったときには、さまざまな考慮から、検察に訴追を許さない、という発想を具体化した制度が、あります。これが「公訴時効」の制度の趣旨です。最近になって、死刑判決に絡むような重大犯罪については、犯人に時効成立の「恩典」を与えない、という仕組みが設けられましたので、「時間の経過を考慮する」という原則には、大きな例外が生じています。これも、一つの立派な処理方法でしょう。

(7) 次は、表題に見える「三夜の権」の話です。本題に入る前に、どうしても、ローマの婚姻の構造について、記しておかなければなりません。婚姻には、家長が、妻となった者に対して「手権(所有権とよく似た構造を持つ支配権)」を保有する状態の下で成立している「手権婚(日本語の「嫁」という表現には、「家」の「女」というニュアンスもありますが、これがそのような状態の婚姻であると、お考え下さい)と、他家に入った妻が、従前通り、実家の家長の家長権に属したままでいる状態(もちろん、その父である家長が婚姻締結時に死亡しているケースも、ありますが)の、「自由婚」との二種が、あります。歴史的には、紀元前の、ごく初期の時代には、「手権婚」が全盛で、その後、紀元後の時代には、「自由婚」がしだいに「手権婚」を押しよけていく、という経過が見られます。この傾向は、「妻の人権が尊重されるようになったから」といったモダンな受け取りかただけでは、説明が付きませんが、「家長権の支配力にかげりが見え始めたことと関係がある」という説明のしかたなら、これを認めて頂けるかもしれませんね。

(8) それでは、婚家の家長が妻への「手権」を取得する手続の実相について、見てみましょう。通常の「手権設定手続」は、「共買」という、古色蒼然としたシステムによって、取り行なわれます。これは所有権譲渡のさいに用いられる「握取行為」のスタイルを模したものです。妻となるはずの婦女(娘)を自身

の家長権の支配下においている家長は、五人の証人と一人の秤持ち(持衡器者)の面前で、婚家の家長に、象徴的な代価(つまり、名ばかりのもの)として日本の一円のような低額の金を受け取ることと引き換えに、これまで自身が保有していた、その支配権を婚家の家長に「売却」します(ここには、一種の「売買婚」の名残りのようなものも、見えます)。本当の「売買」が成立しますと、売られた女性は、買い手の家長の権力下で、隷属的な身分に陥ってしまうのですが、ここでは、家長の手権に服属するだけのことから、それほどひどいことにはなっていないわけですね。そのほかに、先の「使用取得」の法理を活用して、妻となった者が、一年間継続して、婚家の家長の家長権の下で生活していれば、「手権」という重大な権利(支配権)が、見事に婚家の家長に取得されてしまいます。ローマ最古の成文法である「一二表法」には、「土地の使用担保は二年で、その他のもの使用担保は一年であれ」という規定がありまして、問題の手権は「その他のもの」に属する扱いになり、これについての使用取得が発生してくるためです。

「一二表法」に規定されていることですが、婚家の家長の手権から自由な、「自由婚」状態の妻が、日本の、いわゆる「里帰り」のようなかたちで実家に戻り、三日間、婚家に帰ってこないときは、この状態は、「手権が、一年間にわたる、婚家での生活の継続によって、婚家の家長に取得されてしまう」という、重大な効果の発生を阻止します。つまり、この「婚家における不在」が、「使用取得の中断」に相当するわけですね。現代の私たちの眼には異様とも映るこのシステムは、ローマ人の法技術が発揮された場面と見ることも、できるでしょう。

#### (一四) 自然債務

(1) 「自然債務」という術語は、ひとまず、人が「自然なかたちで(つまり、法的なかたちではなく)債務を負っている」という状態を意味するものと、受け取っておきましょう。これは、日本語の「天然な人」という言い回しに纏わりついているような、「ファジーで、曖昧で、パンチの利いていない、ルーズな」雰囲気と、どこかで繋がっているように、感じられます。

(2) 人が「債務」なるものを負う、という事態が生ずるケースには、大別して、人が、自らの意思でそういう状況をわざわざ設定しておく場合と、不法な行為をやってしまったために、成り行き上、被害者側から賠償金を支払う責めを負わされる場合とが、あります。問題の自然債務は、前者のジャンルに属します。

(3) さて、債務者は、債務の主旨に従って給付を履行する義務＝責任を負わされるのですが、それがちゃんと果たされない場面も、しばしば生じてきます(典型的なケースは、ある人が、一定の金銭を借入れ、一定の期日にその金を

返済する約束をしておきながら、返済金の用意ができなくなっている場合です)。当然のことながら、金の貸し手である債権者は、借り手である債務者に弁済を求めますが、債務者が、「ない袖は振れない」という状況に陥って、事態は膠着状態になることが、あるでしょう。そこで、債権者は、「お上」に訴え出て、債務者に債務履行を求める訴訟を提起する方法で、債権の回収を強硬に図ろうとします。

(4) 先のケースとは異なって、問題の「自然債務」というのは、債務者側に「自発的な」債務履行をして貰うことを期待するだけの力しか与えられていない、「弱い」構造のものです。タテマエ(構造)上、立派な債務でありながら、ホンネ(現実)においては、実効性の点で欠け目のあるタイプの債務が自然債務である、という位置付けも、できるでしょう。自然債務のような、「中途半端な」債務関係といったものは、物事を現代人のようにきちんと整備しておくことについては、それほど熱意を示さなかったローマ人の許では、法制度の運用の過程で、あちこちに出現してきます。そういう状態を見て、「ローマの法は、前時代的で、いい加減な法である」とする向きもあるでしょうが、実のところ、「ロマニスト」としての筆者は、わがローマ法を、「良い加減」を具えた法である、というように、プラス方向で評価することにしています。

(5) 自然債務の構造には、ローマ人独特の物の考えかたが、見えています。古来、「信義」というものを大切にしてきたローマ人の許では、債務を負担していることを十分に認識していながら、債権者には、訴訟の手段に訴えて、債務者を債務の履行へと追い込むことが許されない仕組が成り立っていることに付け込んで、債務者が、返済問題について「知らぬ顔をする」などといった所業は、法的には何ら問題がないとしても、社会的には許されるものではなかったでしょう。ときには、いったん、自発的に、自然債務上の債務を真面目に弁済しておきながら、後になって、「それは債権者側に不当利得を生じさせる行為だ」といった理屈で、自身が弁済したものの返還を請求する輩もいたことでしょうが、そのような手前勝手な行ないは、正式には、是認されません。事態は、債務者側の、自発的な弁済により、すでに解決済みの扱いになっているからです。

(6) 以下に、「自然債務」を発生させるような事例を、簡単に観察してみましょう。

(a) 家長の権力下にある息子は、自ら債務を負担することができ、また、訴訟の場で有責判決を受けることも、可能です。それでも、彼が自身の固有財産を保有することができない仕組が採られている関係で、債権者側から強制執行を受けることは、ありません。ですから、ここには、自然債務が発生するので、また、例えば、「へそくり」のような「特有財産」を活用して、家の外で

経済活動をしている息子（家子）が、必要上、家長から借金をすることになったときにも、家長を債権者の位置に置くかたちで、自然債務が発生します。それから、「物」にすぎない奴隷は、もちろん、そもそも、正規の法律行為によって債務を負担することなど、不可能ですが、それでも、奴隷が事実上は主人の代理人のような役割を果たす事態も、生じてきましたので、後代になると、奴隷の負担する「債務」は、効力の弱い自然債務の扱いにする、といった対応が、取られました。「必要は発明の母」というところでしょうか。

（b）金銭消費貸借契約（つまり、借金を目的とするタイプの契約）が締結されるさい、利息の設定について、これとはまったく別の、「問答契約」という儀式ばった契約によってきっちりと取り決めが行なわれていなければ、貸し手は、利息を強制的に取り立てることは、できません。つまり、無方式の利息支払約束は、自然債務でしかないのです。

（c）個人的に金を必要とする家子に対する金銭消費貸借（それは家長の知らないところで発生するのが、普通でしょう）は、社会経験の乏しい家子がよくはまり込む罠なのですが、それを防止するために、異例にも、ある元老院議決のスタイルで、そういった貸付行為を禁止する御触れが、出ました。後一世紀の出来事です。これは、元老院が、「高利貸」から多額の借金を背負った、ある家子が、家長を殺害してしまえば、一人前の「自権者」に昇格し、手に入れた遺産で借金の返済ができると考えて、本当に家長を殺害してしまった事例を重く見て、貸し手が問題の債務の履行を「訴求」することが許されない、という性質のものとしておく、という趣旨の議決を発布したのです。この特別措置により、この手の債務は「自然債務」の扱いとなりました。

（d）ある人の「後見」の下に置かれている若年の子（一家を構えている自権者）が正規の法律行為を取り行なうさい、それについて後見人の「助成」が得られることが、必須の要件として、課せられているのですが、例えば、その手続を無視して、その被後見人が勝手に金銭消費貸借契約を締結しますと、そこで発生した「金銭債務」は、「自然債務」扱いとなります。

（7）まったくの「余談」ですが、序に、最近でも、「出世払いの、奨学金返済」とかの表現で、まだ用いられている、「出世払い」という「意味深長な言い回し」について、多少とも「ローマ法的な」見地から、見てみましょう。これは、端的に言えば、「出世したら、返済する」ということで、人が友人などから金を借りる「所業」です。とにかく、債務を返済することが約束されているわけですから、契約のような「かたち」ができあがっているのですが、しかし、契約一般の運用の場で見られるような「厳しさ」は、ここには存在しません。「出世した」という状況はかなり主観的な判断に属しますから、金の都合をしてやった人物が、「出世したから、貸した金を返してほしい」という気持

を抱いても、友人が相手ならば、友人の心の中まで踏み込んで、返金を促すことなど、簡単にはできないと、思われます。話がこじれますと、借り手側は、そのような約束(多くの場合、それは単なる「口約束」でしょう)を交わしたとさえ、忘れたことにしてしまうかもしれません。さて、ローマ人の許でなら、例えば、友人に金を用立ててやる時(このような行為は、友人関係＝友誼関係が上流社会で力を持っていたローマでは、ごく日常的な出来事でした)、親切なその友人が、「返せるようになったときに、返してくれればよい」とか、「君が出世したら、返して貰うよ」とか言ったとしても、それは、借金の契約が成り立つのではなく、お金が「贈与」されたようなもので、金の「貰い手」が、その友人の御好意をよく心に留めておいて、しかるべきときに、「お返し」として、「逆贈与」をさせて貰うという、心の通った動きになってくるのではないのでしょうか。世界の古い文化の中には、「贈与」は、タテマエでは(形式上は)無償の行為ですけれども、ホンネでは(現実的には)、緩やかな意味において、「対価含み」の微妙なシステムであることを暗示するような人間関係も存在していると、聞いています。話を戻せば、問題の「自然債務」も、そのような「ゆるい」世界の中の産物であるとも、言えるのではないのでしょうか。

#### (一五) 無償行為

(1) 一般に、ある人とある人との間で契約が締結される場所では、色々な意味における「対価(経済的利益)」が、重要な役割を果たしています。つまり、このような性質を持つ契約が展開される世界は、結局のところは、「金銭ビジネス」がまかり通るフィールドなのです。ここには、「経済的な合理性」がもろに現われていますね。

(2) ところで、現代的な法感覚からしますと、「贈与」というのは、ある意味では扱いの難しい「対価」など、絡んできませんので、それほど面倒な手続も要らず、比較的気軽に、しかも簡単に、実行できる法律的な行為であると、世間では受け取られるかもしれませんが、何事に付けても、行為＝処分を明確にし、その公示性も得られるようにすることに熱心であったローマ人は、実質上さまざまな内容を持つことができる「贈与」という行為を、しっかりとした要式行為＝形式行為と組み合わせて、所期の法的効果を引き出させるように、していました。例えば、贈与するという約束を、口先だけのものとはせずに、「問答契約」という堅苦しい法形式に依りながら実行させるとか、また、契約を経由することなく、現物を即座に差し上げる場合に、贈与対象をただ渡すだけにはせずに、所有権を移転する正規の手続である、儀式ばった「握取行為」を経由させるとかのルートが、用意されていたのです。もっとも、ローマ法の発展段階の最終局面である、紀元後六世紀に完成された「ユスティニアヌス

の法」では、「贈与約束」は独自の債権契約として一本立ちすることになり、しかも、それは「方式自由な」スタイルで簡単に成立し、そして、約束不履行のさいには、訴訟の手段に訴えて、受贈者が救済を求めることも、可能になりました。ここには、「簡素化・素朴化」を追求する法技術が、展開されていますね。これは、「進化現象」ではなくて、「退化現象」である、という見かたも成り立ちますが、手続をシンプルなものへと模様替えするのは、「前向き」の流れに属するスタイルのものと見ておきたいと、思います。一方で、高額の高額五〇〇ソリドゥス以上の金銭の贈与については、贈与約束をするだけの場合でも、現実贈与を直ちに実行する場合でも、贈与を実行することについての、公簿への登録が求められる制度が、設けられました。なお、この、「公簿記載」の要件化は、四世紀の中頃に、コーンスタンティヌス帝が先鞭を付けた、精度の高い技術です。

(3) ところで、厳密な意味における「対価」が絡んでこない状況の下で契約が成立する場合が、いくつか、あります。贈与(贈与契約の形態を取る場合)、使用貸借、消費貸借(その原型は、無利息型のものです)、委任(その原型は、無報酬型のものです)、寄託などがそれです。友人間の人間関係が、独特の濃密さを示しながら展開していたために、「助け合い」の精神に基づく行為・行動が社会でごく普通に見られていたローマでは、「無償契約」という構造物は社会的に重要な役割を果たしているのですが、そのこともあって、「タダの」行為についても、法規制がしっかりと掛けられています。無償行為は、「心」の通い合った、「ウェットな」性質のものですけれども、その一方で、不心得な輩には、「ドライに、またシヴィアに」、民事的制裁が、加えられます。「タダだから、何事でも大目に見て貰いたい」というのは、なぜか私たち日本人には親しみやすい感覚なのですが(序に申しますと、「善意から生じたことだから、許してほしい」といった「甘え」の感覚も、同じように、存在しますね)、さすがに、第一級の「法の国」であるローマでは、クールな対応が、歴然としているのです。

(4) 「無償行為」の中で最もきっぱりした性質を持つのは、「贈与」です。ここには、その行為の背景に「合理性」が立派に存在する場合のほかに、感情に駆られて贈与が行なわれてしまうケースも、少なくありませんので、「非合理性」も、顔を出してきます。「過大で、見栄を張る類の贈与は、制限しなければならない」と「お上」が考えるのは、その点です。「贈与」と言う場合、現場で即時に実行される、シンプルな「現実贈与」と併せて、契約締結と履行の間に時間を置く「贈与契約」も念頭に置いて、語られます。前者は、「リアルな」性質のものですから、いわゆる「物権法」の取り仕切る「ホンネ世界」の産物と、言えます。一方で、後者は、「贈与」という債務を負担する行為が



前面に出てきますので、契約という「観念的な」ものを扱う「債権法」の取り仕切る「タテマエ世界」の産物と、なってくるでしょう。後者の意味における「贈与」は、「ある人に無償で物を与えることを目的とする契約である」というように、とりあえず、定義できますね。なお、以下の説明では、両タイプの贈与が取り上げられます。

(5) 贈与の典型的なパターンは、直接的な対価を伴わない「物の移転」ですが(そのほか、贈与の対象となるものには、債務を免除するとか、債権を譲渡するとか、他人の債務の支払義務を負担するとかなど、いくつかのヴァリエーションが、あります)、これがあまりにもルースに行なわれますと、資産の「目減り」が生じてしまいますので、法律によって贈与額に制限を設ける例も、ありました。前二〇四年に制定された「キンキウス法」(残念ながら、その制限の額は、知られていません)が、それです。これは、当時、リッチな人々がやたらに贈与をばらまく風潮に、ストップを掛けるために考え出された制度であると、されています。

(6) 「夫婦間の贈与」を望ましくない行ないとすることは、共和政の盛期のころまでに、慣習として自然に定着した制度だったようです。何やらモダンな色合いも帯びている「夫婦別産制」が、社会的制度として成り立っていたローマでは、「夫婦は他人」なので、気軽に夫婦間で贈与がなされることがトラブルの種になることが、人々に経験的に知られていたせいかもしれません。先のキンキウス法が制定されて、贈与無効の制裁が定められた後には、夫婦間の贈与も、無効扱いになったようです。

(7) 普通、「贈与」は生きている人がするものですが、ローマでは、人が、遺言において、「遺贈」のかたちで贈与をする度合いが、かなり高かったように思われます(その遺贈を信託と組み合わせるという、高級な手もあります)。「遺言」というものに、まだ、あまりなじみのない私たち日本人の場合とは違って、ローマでは、遺言は、人の、人生最後の「大仕事」なのでした。遺言という「死者の指示」の「処理・後始末」には、無数の法的トラブルが絡み付くことが珍しくないのです、この分野で、妥当な解決を導くために、多くの法技術が編み出されることになりました。

(8) 次に、贈与以外の「無償行為」について、少し解説しておきましょう。

(a) 「使用貸借」は、「賃料」という対価が支払われる「賃貸借」の場合とは違って、無償で、道具、家屋、土地などの物が、使用のために、貸し出される仕組の契約です。以下に取り上げる他のシステムの場合と同じように、ここでは、それは、社会的に上位にある人(言うなれば、「親方・親分」)や、友人(硬い言葉で表現しますと、「友誼関係・友人関係が社会的に成り立っている、特別に付き合いの濃い人物」)がサービスをしたり、面倒を見てくれたりす

る行動の表われ、と言ってよいでしょう。もちろん、「無償の行為」には、それなりの「お返し」が、色々なかたちで展開されていたはずで

(b)「消費貸借」は、ある人が、金銭やその他の代替物(例えば、ワイン、穀物)を借主に渡し、この者が、同種、同等、同量のものを後に返還する仕組の契約です。その一種である「金銭消費貸借」は、このシステムの最も先鋭的なパターンですね。ここでは、対価としての「利息」が付きまとうことも珍しくないのですが、そのさい、「問答契約」という、ローマで第一級の要式行為を経由して利息が設定されることが、必要です。これで、元々は無償性を示していた、牧歌的な「消費貸借」のイメージは、大きく変わりました。

(c)「委任」は、日常的な行為を実行することを人に任せる仕組の契約です。最も重要なのは、裁判で弁護士などに弁護をして貰ったり、医師に治療をして貰ったりすることでしょう。このクラスのサービスには、「御礼」なるものに、出番もあったはずで

(d)「寄託」は、無償で物を保管して貰う仕組の契約です。その物を使用したりしますと、「使用窃盗」が成立してしまいます。

(e)「事務管理」は、例えば、ある人物が、ローマ本市から遠く離れた戦地で死亡してしまった友人のために、本国で、一種の「残務整理」をしてあげる、という親切な行為です。もし、その人物が、その友人から、その手の仕事をやってほしいと、予め頼まれていれば、双方合意の上で、「委任」契約が締結されていたはずで。「無償である」という要件のところは共通ですが、事務管理のケースでは、そもそも、「契約意思の合致」が欠けているのです。頼まれもしないのに、「助け合い」の精神で動いてくれる人がいる、というのは、素晴らしいことですね。学問的には、この構造は「準契約」と位置付けられています。

#### (一六) 危険への対応

(1) 現代においては、社会生活上の危険(リスク)に合理的に対応していくために、「損害保険」という経済的なシステムが、広範囲に、しかも綿密に編み上げられています。これは、事故などのために、金銭支払の義務が突然に発生する事態に備えて、用意されているものですね。その一方で、生命・身体へのストレートな危険を最小限に抑え込むために、公法上の、予防的な法規制が何重にも掛けられているのですが、その方式の活用には、どうしても限界がありまして、例えば、大津波の襲来のような、大規模災害に対応することは、できません。つまり、私たちの経済生活も、生命・身体も、常に危険に晒されているのです。

(2) ローマという町は、危険いっぱいの超過密都市として、昔から有名でした。紀元後二世紀の最盛期には、ローマ市の人口は、一〇〇万にもなっていたと、推定されています。用心深いローマ人は、その危険への対応策を法的に練り上げた点で、特別の人々と言ってよいでしょう。そのことを雄弁に物語る制度の例を、二つ、御紹介してみましょう。

(a) ローマの町には、三階建どころか、五階建の集合住宅までもが、密集していました。建築のさいには、基本的には石組の構造が利用されている場合があります。建物は比較的頑丈にできているのですが、それほど丁寧な造りにはなっていません。ローマは地震がそれほど多く発生しないところなので、建物は長持ちします。しかし、それが地盤の不安定な丘の斜面にへばりつくようにして密集していることも少なくなかった関係で、人々は、いつも、隣家倒壊の不安を抱きながら、日々の生活をしていました。

こういった住環境の下で、建物倒壊の危険を現実と感じた隣地の住人は、法務官のところへ駆け込んで、何とかして貰おうと、考えます。「法務官」というのは、二名制の高級政務官(この人物は、一年任期の公職者であり、その、別の顔は、「政治家」のものです)で、民事および刑事の裁判を指揮する任務(民事事案の場合、判決は、私人である「審判人」の仕事です)を持っています。そのほかに、彼は、日常的に、市内の生活現場で、スピーディーに、自身の保有する「命令権」に基づいて、「行政命令」もしくは「警察命令」を発布することにより、市民の安全を確保する仕事も、やっています。法務官の数は最大一〇名なのですが、一つクラスが上の、政務官のトップである執政官は二名制ですから、翌年以降の執政官選挙に立候補するつもりである法務官は、その任期中に、選挙に備えて、「人気取り」に精を出す必要があることをよく心得ていました。ですから、困っている市民への対応は、とても素早いものだったでしょう。そのさいに法務官によって利用されるのは、「禁止する」とか、「命ずる」とか、「回復させる」とかいった内容を持つ「特示命令」です。隣接する建物の倒壊のために、生命・身体への危険の発生や、財産上の損害を被ることを恐れた人物は、法務官の肝いりで、将来の事故発生に伴って生ずる損害の賠償をちゃんと実行することを、隣家の所有者に、予め約束させるために、「未発生損害担保問答契約」という、大掛かりな、要式の手続を念のため用意させる段取りを、付けて貰います。こうしておけば、隣地の所有者は、いざというときに、十分な損害賠償をしては貰えない、という金銭的なリスクや不安から、ひとまず逃れることができますね。ローマでは、人は、債務不履行に立ちいられますと、「債務奴隷」の身分に陥るという、厳しい結末が、待ち構えていますから、この担保問答契約を締結させられたことの「圧力」は、相当のものになるでしょう。資力のある、危険な建物の所有者なら、それを建て替えたり、

修復したりして、良心的に対応するはずですが、しかし、そのような経過にならず、契約締結により担保を提供する手続を取ることを拒否する、危険家屋の所有権者が現われたときには、法務官は、クレームを付けている隣人に、問題の土地・建物を「所持する」ことを許し、そして、家屋の所有権者がそれでもなお拒否し続けるときには、「所持」よりも格上の、「法務官法上の」「所有権」を、その人物に与えてしまいます。このような成り行きは、法務官が、「司法官」としてではなく、「行政官」として動くことを示しているのですが、現代ではとても考えられない制度ですね。これは、日本では「民事不介入」の大原則がありまして、警察は民事のトラブルの処理には一切関わらない仕組みになっていることとは、対照的です。

(b) 先の話は、法務官が健在であった紀元前の共和政時代の出来事に、関係しているのですが、紀元後の帝政時代には、法思想や法技術のレベルが上がって、危険への対処策を法規によって定めていく手法も、登場してきます。その一つについて、見てみましょう。

ある人が、人の往来するような道路に面している高層の住居の窓などから落下して通行人を傷つける危険のあるような物品を、置いたり吊り下げたりしているときには、まだ現実には人身傷害が引き起されていない場合であっても、すでにそれが「危険状態」を生じさせている、ということで、その者は、一〇アウレウス金貨分(これは相当に高額の金銭です)の罰金を科すことを求める「据え置き吊り下げ物に関する訴権」により、責任を追及されます。

一方で、これとは状況は違いますが、現実には、通行人への傷害が発生してしまった事態に対処するために、住居から落下したり、流れ出たりしたものが加えた損害の二倍額分の罰金支払を求める「流失投下物訴権」も、特に認められました。これらの訴権は「国民訴権」というユニークなタイプのもので、市民なら、誰でも原告になれます。もちろん、罰金を手に入れることを目当てに訴え手となる人物は何人もいたはずですが、法務官は、利害関係を多く持っている者を原告として認めました。なお、物を置いたり、吊り下げたりする行為を、居住者がやったのではない場合であっても、彼自身が責任を問われます。居住者にいわば「無過失責任」のようなものを負わせる、というところには、ローマ人の知恵が滲み出ているのではないのでしょうか。

#### (一七) 保証

現代では、債権の取り立てを確保するための、一つの方法として、抵当や質が設定されることが、普通です。これは「物的担保(物的な信用供与)」と総称されます。世界の法先進国並みに、「登記制度」が発達している日本では、例えば「住宅ローン」の場合のように、巨額の債務が発生する場合に関しては、

債務者が、自身所有の不動産に、担保目的で、「抵当」を設定しておくのが、ポピュラーな方法なのですが、一方で、ローマにはその「登記」の制度が存在していないこともあって(御参考までに申しますと、同じ古代国家であったアテナイには、「抵当標」という書きものが、抵当に入れられている土地に堂々と立てられるという、「超リアルな」公示方法が、存在します)、抵当というのは、債権者には、使い勝手のよくない制度でした。例えば、債権者の知らない内に、何重にも物件に抵当権が設定されたために、設定順位しだいでは、後順位にある債権者には、債務者の破産のさいには、得られるものがなくなったりすることも、あるからです。

(2) そのようなわけで、ローマでは、確実な存在のように見えますが、実は不安定な存在でもある「物」というものに頼るよりも、「人」の資力に頼る「人的担保(保証)」のシステムの方が、債権担保の主軸となりました。重い経済的な負担を要求されるかもしれない「保証人」の役割を引き受ける、などというのは、現代人にとっては、リスクがあり、とても重苦しいことでして、嫌われるものですけれども、人間関係が濃密であったために、「助け合い」の精神に溢れていたローマ人の許では、ちゃんとした人物なら、自身の債務の「保証人」になってくれる人物を身の回りで見付けるのは、それほど困難なことではなかったでしょう。それどころか、保証人になれる、というのは、その人のステータスの高さを世間に見せ付けることでしたから、保証人サイドにも、それなりのメリットが、あったようです。

(3) 最も古いタイプの、ローマ市民しか利用できない「保証」は、「誓約」です。人が、「問答契約」という古めかしい債務設定方式を用いて債務を負担するさい、この、問答契約債務の設定の本体部分に引き続いて、例えば、保証人の役割を引き受ける人物は、「君は、(主債務者が諾約したものと) 同じものが与えられることを誓約するか」と問われ、「私は誓約する」と、答えます。

一方、外人(非市民の自由人)に保証人の役割を引き受けて貰う状況の下では、「誓約する」というような、宗教的な意味合いもある重々しい文言の代わりに、万人共通の「信義」に支えられた約束をすることを意味する、「信約する」という動詞の文言が、用いられます。

最後の保証のタイプは、「信命」です。ここでは、「君は、主債務者が私に負うものが、君の信義の下に存立することを命ずるか」という文言で、「問い」が発せられ、「私は命ずる」と答えられます。先の二つの方式は、「形式行為」である問答契約との絡みで成り立つタイプの保証ですが、一方で、この最後のタイプは、ローマ人にも外人にも利用可能な、「方式自由なもの」です。

(4) 言うまでもないことですが、債務者本人がちゃんと債務を履行しなかったために、保証人のところに責任がかぶさってくるさいには、保証人は、とに

かく、債務を本人に代わって履行します。しかし、それで「万事終わり」、というわけにはまいりません。保証人には、債務者本人に対する、「立替分」についての「求償権」が与えられているからです(もっとも、古くは、そこまでシビアな対応は認められておらず、債務者サイドからの、「自発的な」決済に、事後処理を任せる「ゆるい」スタイルになっていたかもしれません)。他人のために一肌脱ぐことをよぎなくされた保証人の負担を少しでも軽くしてやるために、以下のようなシステムが考案されました。ここにも、時間を掛けて法技術が順次開発されていった経過が、見て取れます。

「順位の利益」または「先訴検索」の利益・・・保証人が本人の債務の履行を訴訟で求められるのは、債権者がまず本人に対して訴を提起して、それが成功しなかった場合の後のことである、というのが、このルールの内容です。保証人には、「補充性」という要素が、あるわけですね。実際問題として、保証人の方が本人よりも資力がある場合も少なくない関係で、債権者が取りやすいところから手を付けるのが、自然だったかもしれません。この制度は、それに「歯止め」を掛けるものだったでしょう。

「訴権譲渡」の利益・・・保証人が、本来の債務者に代わって、債権者に給付を行なうというときには、債権者が債務者に対して本来持っている「訴権(債権の延長線上にあるもの)」が、保証人へと譲渡されていることが前提になる、というのが、このルールの内容です。これにより、保証人は、本来の債務者に対して、「立替分」についての求償権を行使することができるのです。

「分別」の利益・・・保証人が、複数、存在するときには、保証人の責任は「頭割り」になるというのが、このルールの内容です。現代的な感覚からしますと、これは自然な扱いでしょう。

先の二つのルールが正式のものとして確立されたのは、ローマ法が最高水準にまで発達した「古典期(紀元前一世紀から紀元後二世紀)」のことではなくて、紀元後六世紀の「ユスティニアヌス帝の法」においてですから、そこに至るまでには、色々と手直しが重ねられてきたことでしょう。実務中心で法が動いていたローマでは、法技術というものは一朝一夕にできあがるものではないからです。なお、第三のタイプの技術は、ある意味で、とても合理的な仕組のものですから、前の二つの技術の場合よりも早い時期に、確立されていました。

## (一八) 利息

(1) 現代は「利息」が当然のように登場する時代ですが(もっとも、「ゼロ金利」や「マイナス金利」などというような、変わったものも、最近では、登場しています)、実のところ、法律上の構造からすれば、利息発生ベースとなっている「金銭消費貸借」に、特に利息支払に関する「特約」が添えられて

いる結果として、その利息が発生するだけです。「消費貸借」というのは「消費されるもの」の貸借ですから、本来は、後で、御借りたものをお返しすれば、それでよいのです。

(2) 「水平型」の友人関係(友誼関係)や、「上下型」の「庇護関係(保護関係)」といった社会的ネットワークが完備していたローマでは、「助け合い」の精神とか、「お互いさま」という感情とかが社会に溢れていましたので、お金が少し必要になった人に、それを用立ててあげ、後になってそれと同額の金銭を返して貰うといった、「牧歌的な」情景が、どこにでもあったことでしょう。「金銭」と言うと、どうしても、話は大げさになりますが、穀物の「種」などを貸し借りするケースなら、こういった無償の営みは、とても自然なものですね。

(3) 問題の、消費貸借契約にプラスされる「特約」は、古来の要式行為の一つである「問答契約(問いと答えを連続して発する方法で成立する言語契約)」を締結することによって、付けられます。

(4) ここで、ローマの「利息規制法」の歴史を概観してみましょう。共和政初期に当たる前五世紀に制定された「一二表法」には、「一二分の一」を最高利率とする、という規定が置かれています。この割合設定を月割りの利率と読むのか、それとも、年利と読むのかについて、学説の理解は割れていますが、後者の読みに従って、「年利八パーセント程度」と読んでおくのが、穏当なところでしょう。

(5) ところで、利息を払ってまでも人が金を借りる動機には、いったい何かあるのでしょうか。不法な行為(例えば、人身傷害)を行なったために、賠償金の支払が必要となった場合とか、娘を嫁がせるに当たり、習俗に基づいて家長が用意する必要がある「嫁資(持参金のようなもの)」を準備するためとか、「武器自弁」のルールがある関係で、武器を調達する必要がある兵士の側にあるためとか、ローマが通商国家となった状況の下で、金儲けのための資金調達が必要になるためとか、さまざまな動機が存在が、推察されます。

(6) 平民が金を借りにいくのは、普通は、いわば「親方」のような、特別の地位にある貴族のところでしょうが、中には、借り手の弱みに付け込んで、高利を要求してくる輩も現われて、平民が苦しめられる場面も、きっと、あったことでしょう。先の「一二表法」の規定は、平民の圧力で、比較的低いゾーンで金利が法定されたことを意味しているものと、理解しておきます。前四世紀には、その利率が半減され、次いで、前三四二年には、利息禁止令(ゲヌーキウス法)までもが出されていますが、これらの立法措置は、貴族と平民の間の「身分闘争」の一大成果でしょう。それでも、一般には、いくら禁令が出ても、利息なしには誰も金を貸したりしませんから、自然の流れに沿って、水面下で「ヤ

ミ金利」が横行したに違いありません。後代には、その禁止令は実効性を失な  
っていき、その後は、年利一二パーセントが標準的な金利とされたようです。  
共和政も末期になりますと、「海上冒険貸借」絡みでは、利率制限が外されま  
す。海外との商取引が船を用いてなされるさい、海賊の出現や海難などのリス  
クが伴う関係で、商品を積んだ船が目的地である港に無事到着したときにだけ、  
貸主に特別に高い利息が払われることになっています(この手の商売の場合、危  
険いっぱいであっても、儲け幅が大きいので、高利はやむを得ないものと、世  
間一般では、受け取られていたことでしょう)。これは経済の論理に適ったや  
りかたですね。

(7) 最終的には、「ユスティーニアーヌス帝の法」で、一般人向けの貸付金  
の利率は六パーセント、商人向けの貸付金のそれは八パーセント、海上冒険貸  
借向けの貸付金のそれは一二パーセント、という構成に、なりました。これは  
とてもバランスの取れた区分です。余談ですが、民主政成立前夜のアテナイ  
では、借金の利率は「六分の一」のようですから、これはローマの利率に比べ  
ると、かなり高率ですね。もっとも、この制度は、あまりにも酷であるとして、  
その後、手直しが行なわれたようです。

(8) そのほかに、三つの制度を御紹介しておきましょう。それは、いわゆる  
「複利」の設定が認められないこと、利息の総計が元本と同額になれば、その時  
点で利息の発生がストップすること、規定に反して違法に徴収された利息額の  
「四倍額」が、貸し手に、罰金として科せられること、です。

#### (一九) 按察官の功績

(1) 按察官というのは、ナンバー2の高級政務官である法務官より一ランク  
下の政務官(公職者)です。政務官制度が完備された段階では、元々の平民出身  
の者と、後に登場してきた貴族出身の者との二本立て制が、採用されていまし  
た。按察官より上格の法務官は、民事訴訟法全体の管理を行なう「司法官」で  
すが、後者の、貴族出身の按察官は、日常的に発生する商事関係の訴訟事案に  
ついて、特別の管轄を保有する「司法官」です(彼は、そのほかに、市場の秩序  
を維持するための、特別の「警察権」も、保有しています)。この人物は、ち  
ゃんとしたマーケットでの、奴隷および牽引用の大家畜の売買を巡る法的トラ  
ブルの処理をすることを、特別の任務としているからです。これらの商品が高  
価なのが普通であるために、本格的なトラブルが生じやすいのですが、その上、  
これらは「生きもの」なので(ローマでは、奴隷は物扱いになっています)、商  
品には色々な「キズ(瑕疵)」がありますから、買主から、買い上げ商品の品質  
についてクレームが付くケースが、少なくありません。奴隷の場合には、しば  
しば、表面からではすぐには見えない、身体的欠陥(病気持ち)や性格的な弱点



(凶暴性・放浪性・逃亡癖・窃盗癖など)があつたり、また、「特技」を持っていることを売りものにしていながら、実はそれほどでもないことが判明したり、するからです。一方、動物の場合にも、これとよく似た事情が、一部、あります。

初期の時代では、このような高額商品の売買でも、「現場主義」の論理により、「売ってしまったら、それでおしまい」とか、「売り手は、商品の品質にまで責任は負えない」とかいった、売主側に有利な、「冷酷な」対応になっていたものと、推測されます。この辺りの状況を現代風に表現してみますと、「売主注意」のルールではなくて、「買主注意(これは、買い手の側が商品の品質をしっかりと見極めた上で行動するべきである、という掟に従いなさい、という発想の表われです)」のルールが、優先していたことになりますね。ローマの経済的發展に伴って物流が活発化してきて、特に奴隷の売買が国際的規模でなされたこともあって、ローマの中心部の、相当な規模の、「市場」を舞台とする大型取引が、盛んになりました(現代のローマ市の「フォロ・ロマーノ」には、後二世紀の元首・トラヤーヌスが建設させた「トラヤーヌス市場」の立派な遺構が、見られます)。この段階に至り、商品売買を巡るトラブルの処理は、合理化されるようになりました。

(2) 商品の「瑕疵」には、先に示した「物の瑕疵」以外に、もっと厄介で、重大な、「権利の瑕疵」というものも、あります。前者は、「物的な」ものですから、「ホンネ」系のものであり、後者は、「観念的な」ものですから、「タテマエ」系のもの、というように、対比してもよいでしょう。売主が売却した商品が実は他人の所有物であつたことが判明すれば、買主は、せっかく手に入れた物を、所有権者の手によって、さっさと奪い返されてしまいますから、この手の「瑕疵」は、実に難物なのです。

(3) さて、按察官は、いわば「世界マーケット」の管理者として鎮座しているのですが、彼がどのような枠組を設けて訴訟に対処しているかについて見てみましょう。結論から先に言えば、それは、按察官より一つ「格上」の、歴代の「法務官」が作り上げていた訴訟枠組の場合とほとんど同じ方式を用いるものです(もっとも、初期段階では、彼は、商事トラブルを「司法的に」処理をするのではなくて、単に「行政的・警察的な」処理をするだけに留まっていた、と考えられます)。按察官は、一年の任期の初めに、自身が訴訟において用いる用意のあるルール(広い意味における法)を、「告示」という公示物によって、明らかにしておきます。多くの場合、これは、歴代の按察官が申し送りしてきた告示を踏襲したものです。しかし、彼は、それによつてはカヴァーされない「新種の」トラブルに遭遇したさい、形式論を貫いて、それを訴訟の対象としないう、という処理をするほかに、自身の裁量で(もちろん、顧問のような役柄を持

っている法学者が、「法の素人」である彼に助言をしますが）、その紛争事案に巧くマッチすると考えられるルールを、「暫定的な」判断基準として、判決を言い渡す任務を持つ審判人に提示します。そういった処理のしかたが合理的であれば、この手法は、後代にも引き継がれていきます。この成果は、法務官が訴訟の現場で生み出した「法務官法」との対比において、「按察官法」と名付けても、差し支えないかもしれません。

（４）最終的に按察官が組み立てたルールの骨子は、以下の通りです。売買目的物の瑕疵によって生じた侵害を回復するために買主が利用できる手段は、「解除訴権」と「減額訴権」です。前者は、六カ月の期限以内でしか行使できない、という条件の下で、売買目的物の引き渡しと引き換えに、契約を解除して、売買代金の返還を求める、という機能を具えた訴権です。そして、後者は、一年の期限以内でしか行使できない、という条件の下で、問題の瑕疵のせいで価値が下落した部分に対応する、「代金の減額」を求める、という機能を具えた訴権です。このやりかたは、「訳あり」の売買であっても、これを完結・完成したものとしておき、事後に損害額を賠償するようにさせる、という正規のやりかたよりも、スピーディーで、合理的で、手軽なものですから、使い勝手のよいものでした。

（５）この新技術を巡っては、「ユスティーニアヌス帝の法」では、奴隷および牽引用の大型家畜の売買だけにその利用を限定せず、あらゆる売買対象物に適用があるところまで、売買システムの手直しが進んでいきました。売買一般から生じたトラブルを解決するために長い時間を掛けて整備されてきた、一般的な「買主訴権」や「売主訴権」と、特殊なケースを扱う「按察官訴権」とが、ここで合体したわけです。これは、見事な法技術が展開された例の一つに数えられるでしょう。

（６）現代日本人の素朴な感覚からしますと、「手間がやたらに掛かる損害賠償の線で解決するよりも、欠陥商品を売り付けたのだから、買主側が、きっぱりと、そしてさっさと、取引をキャンセルしたり、値引きをさせたりするかたちで、売主側に、幕引きを図るよう迫ることを認めて貰うやりかたの方が、手っとり早い」という受け取りかたになるのではないのでしょうか。

## （二〇）加害者委付

（１）「加害者委付」という法制度は、いかにもローマっぽい産物です。例えば、本来はおとなしい性質の、ある人所有の羊が、どうしたことか、突然暴れ出し、他人に大怪我をさせた、としましょう。ローマでは、その家畜の加害事故に関して所有権者に過失などなくても、所有者が、被害者に損害賠償をしていく、という正規の方法を取る以外に、問題の羊を、被害者に、さっさと引き

渡して(委付して)しまい、それで不祥事にケリを付けるという、「後腐れ(?)」のない方法を取ることが、許されていました。あるいは、被害を被った側が、「自身の許で、その動物自体に復讐を果たしたい」、といった、原始の想念を抱いていたことの痕跡を、この、一風変わった処理方法から、読み解くことができるかもしれませんね。

(2) 次は、現代人の眼には異様と映る話です。ローマでは、「加害者委付」の制度の適用範囲は、動物による加害行為のケースに留まらず、家長権の下に服属している家子(人)や奴隷(物)による加害行為のケースにも、及びます。つまり、彼らが加害行為を行えば、家長は、自らが、「不法行為」を行なった場合と同じようなかたちで、賠償金を支払うという行動を取るほかに、「加害者委付」という「決済」のルートも、選択できるわけです。そのさい、例えば、家子の場合なら、古式豊かな要式行為である「握取行為」を実行して、家子を被害者側に譲渡することになるのですが、これにより買主の許で「準奴隷状態」に陥ってしまった家子が、賠償責任の額に相当するような部分を働いて返すことができれば、売主である家長の許へと、復帰することができます。一方、奴隷については、単純な引き渡しで、責任問題は、決着するでしょう。なお、加害行為をした家子の身柄を被害者側に渡して、それで幕引きする、といったような過酷な扱いは、四世紀になって、ようやく、廃止されました。

(3) ここで、「加害者委付」の制度を、法的技術論の観点から、少しだけ考察してみましょう。まず、他人に損害を与えたものそれ自体をそのまま引き渡してしまうことで、スピーディーに、「責任」問題に決着を付ける、という技術は、いわゆる「限定責任制」が採用された、一つの例と、見ることができます。加害行為から生じた損害は、「委付」によって引き渡されたものの価値を上回ることもあるでしょうから、そのかぎり、実質的に「責任が限定されている」とも、言えるわけです。実のところ、この方式は、一瞬にトラブルを解決することを可能にしますから、大きなメリットがあるのです。以下に、少し視野を広げるかたちで、問題の「限定責任制」が採られると考えられる、他のケースを、少し、見てみましょう。

(a) 一二表法には、「もしある人が、他人の四肢を破壊したならば、その被害者との和解(示談)が成立しないかぎり、同害報復が行なわれるものとする」という有名な規定が、置かれていますが、これは、「目には目を、歯には歯を」といった「ターリオール(同害報復)制」が損害賠償の基本ルールとして採用されていることを、意味しますね。普通、損害賠償は損害の「実額」を算定して行なわれますから、「目」や「歯」の喪失で済ませて貰えるのは、場合によっては、加害者側にとっては、ありがたい扱いとも、言えるでしょう。これも「限定責任制」が活用された例の一つであると、見ておきます。もちろん、気の利

いた人なら、先の「一二表法」中の規定に示されている和解のルートで、「目」や「歯」の代わりにお金を用意して、穏便な解決に導くことでしょう。これは、相当な金額を積まなければ、成り立たないことです。

(b) 契約の一種である「組合」では、組合解消のさいに実行される「清算」の過程で、ときには各種の金銭トラブルが発生してきます。それが、不幸にも、「訴訟沙汰」になり、そこで敗訴してしまった組合員には、判決債務の支払について、「彼がなすことができるかぎりで(つまり、債務履行のための資力がある限度で) 責任を取るだけでよい」という恩典が、認められています。通常の扱いなら、債務不履行に陥った債務者は、「債務奴隷」の身分に転落して、債務分を完済するまで、自身の仲間であった債権者の許で、働き続けなければなりません。ですから、この「限定責任制」は、債務者には、とてもありがたいものです。なぜそのような優しい扱いが法制度化されているかと申しますと、組合という組織は、組合員が互いに信義を尽くすことをベースにして成り立っている契約関係なので、冷酷な感じのする法世界にあっても、扱いの上で、このように「温情」が示されるからです。

(c) ローマには、かなり独特の制度として、「特有財産」というものが存在していました。家子は、家長の手で「家長権免除」が特に実行されないかぎり、十分に成熟した年齢に達しても、家の中に閉じ込められているような境遇にありますから、外で、独自に経済活動を営むことなど、できません。彼は、どこにいても、家長の「伸びた手」として、動くだけです。しかし、経済の発達により、家子が、現金収入を求めて、家外で、例えば商売を行なおうとするさいに、家長から、一種の「へそくり」のようにして、それなりの「活動資金」が与えられることが、ありました。これが「特有財産」です。もし、家子が、その特別資金を用いた商取引において、債務超過に陥った場合には、彼は、出資者である家長によって、部分的に助けられりことになっています。つまり、問題の特有財産が、裁判における有責判決の時点で持っている金銭価値分の範囲内においてだけですが、家長が、債権者に債務の支払を肩代わりしてくれるからです。家長の側からすれば、「限定責任」の制度が採られていることを通じて、その家産が守られることになります。そうもしないと、場合によっては、家長は、家子ともども、破産に追い込まれてしまうからです。

(4) なお、ローマの民事訴訟法の伝統的なスタイルである「金銭判決の原理」が、ここで適用されることがなく、「加害物の引き渡しで済む」という、「現物主義」の処理が許されていることも、注目点です。

(5) ところで、他家の人を故意・過失で死に至らせた家子が、場合によっては、報復のために他家の家長の手で殺害されるかもしれないことを十分に認識していながら、その家子を被害者側に引き渡してしまうといった、家長の所業

は、現代人には残酷と受け止められるでしょうが、これは、実のところ、「ローマ法の論理」からすれば、ごく当たりまえのことでした。慣習上も、法的にも、一家の家長は、奴隷はもちろんのこと、家子でさえも、然るべき理由がありさえすれば、自らの手で殺すことも、売り飛ばしてしまうことも、許されていたからです。

## （二）窃盗

現代日本の法制度の下では、「窃盗」と言えば、まず、この所業に対して「刑事的処罰」が発動されることが、人の念頭に浮かぶことでしょうが、ローマでは、事情が異なります。ここでは、現代の場合とは違って、広い範囲の、人の不適切な行動が、すぐさま刑法の対象となる、というような経過には、なってきません。これは、原則として、民事上の「不法行為」として構成され、そのフィールドにおいて、かなり綿密な法的規制が加えられて、「罰金（償金）支払」のかたちで、事態は、金銭的に処理されていきます。ところで、他人の物などを盗み取るという所業は、人間の生活史の中で最も古くから存在している、ごく日常的な「悪行」と、相場が決まっています。古くは、「盗人は、即、死刑にする」という極端な刑罰を設けていた共同体や国もあったようですが、これは、社会の平和や安寧を保つための、手っとり早い手段であったでしょう。実際のところ、そういった手を使わなければ、窃盗行為を抑え込むことができないからです。ローマでは、窃盗に対する制裁（サンクション）には、民事的な性質のものと刑事的な性質のものとが、ドッキングしています。現代では、民事問題と刑事問題は、きっちりと区別され、処理されていきますが、古い時代には、そこまでは、とても、手が回りませんので、使い勝手のよい「民の世界」で、纏めて処理されました。

（2）時代の移り変わりとともに、純粹型の窃盗のヴァリエーションに相当するタイプが、次々に現われてきました。近代法の場合と同様に、「物の窃盗」が窃盗行為の中核になりますが（「人の窃盗」もそのジャンルに包摂されるものと、考えられています）、そのほかに、無権限で他人の物・人を使用した場合や、すでに契約によって保管している他人の物を取り込んで、自身のものにしまった場合や、物を隠匿した場合や、自身に債務として負われていないものを、その事情を知らず、受領した場合や、他人が所有する物品を勝手に自身の物として売却したり、使用（利用）したりする場合など、実にさまざまです。「窃盗行為」の枠組が固定的でないのは、確かにマイナス要素になりますが、「ファジーな」受け皿を用意しておけば、何かと便利なところもありますので、この方式は、ローマ人に愛好されたのです。ここは、現代の「罪法定主

義」が取り仕切っている世界とは、まったくかけはなれた、融通無碍な世界ですね。

(3)ところで、窃盗に対する制裁を巡っては、かなり細やかな対応が見られ、法技術論の観点からも興味深い現象が、散在しています。次に、その辺りのことを見てみましょう。

一二表法には、「現行盗(現行犯による窃盗)」と「非現行盗(現行犯によらない窃盗)」との間で、制裁に区別が付けられていました。「現行盗」と法規上認定される場合としては、夜間の窃盗と、昼間に武器を携帯してなされる窃盗とが、典型的なケースです。そこでは、いわゆる「自力救済」に相当する、「犯人の殺害」が、制裁として、許されています。現代的な感覚では、被害者側のこのような対応は、いかにも行きすぎたものであると、受け取られるかもしれませんが、ローマ人は、「正当防衛」的な手段として、犯人の即時殺害を認めていたのでしょう。

まず、「夜間の窃盗」についてです。灯りのない夜の部屋へ何者かが侵入してきたとき、家人は、その人物が、ただの「コソ泥」か、強盗か、「殺し屋」か、直ちに識別することなど、まるで不可能ですね。それに、被害者には恐怖心は、当然にありますから、身を守るために、彼が、とにかく、その場で、素早く、「怪しい輩」に対して、反撃に出て、犯人を殺してしまう事態になっても、しかたがないでしょう(現代では、これは「過剰な」行動と受け取られますが)。次に、昼間の窃盗についてですが、武器を携帯した状態で、盗人が現われたり、被害者側の反撃に抵抗したりするとき、有無を言わず彼がこの人物を殺害することが、許されます。もっとも、大声で近隣の人を呼び集めて、現場の状況を然るべきところで証言してくれるような人物を、しっかりと確保しておかなければなりません。この過程には、ローマ人が、昔から、「手続重視」の感覚をしっかりと磨いてきた成果が、見られます。犯人の即時殺害が「正当な反撃行為」であるかどうかは、訴訟段階では、しばしば議論の対象になりますので、被害者側に、証拠をしっかりと固めておくようにさせるよう、気配りがなされているのですね。また、夜間の盗人の殺害についても、被害者側は、殺害現場に証人を連れてきて、事態について証言をして貰う用意を、ちゃんと整えておかなければなりません。

他方で、武器などが絡んでいない、昼間の現行盗のケースでは、盗人は、捕らえられた後に、「お上」である法務官の関与の下で、被害者の奴隷とされます。これは、人間が「物」になってしまうことなので、民事上の「死」のような罰ですね。さらに、時代が下ると、「合理化」が進み、最終的には、犯人が、盗品の価値の「四倍額」を、罰金(償金)として、被害者側に差し出せば、それで勘弁して貰えるという、「優しい」扱いに、変わりました(もっとも、その罰

金をすぐに支払えなかった犯人は、被害者の許で、「債務奴隷」として働き、罰金額相当分のものを自身の労役によりカバーできるまでは、苦役が続くのですが）。この扱いの変化が最も目に見えるのは、犯人が、自身の身内などに、「四倍額」分を用意して貰ったりして、辛い「身体罰」のようなものを免れる場合です。これで、「現行盗」と、二倍額制を採る「非現行盗」とは、金銭的処理の「額」の違いがあるだけで、同一線上の制裁方法として並んだことになりますね。窃盗について、犯人が「身体で償う」という制裁の原型は、ここにきて薄められました。

(4) ここで、現代の話題について解説しておきましょう。現代の日本では、「窃盗行為」である「万引き」は、とりわけ未成年者の犯行の場合、正規の司法(刑事裁判)のルートできちんと処罰が下されるケースなど、めったになく、盗んだ物をちゃんとお返しするとともに、心からお詫びをし、「今後そういうことはやりません」と約束すれば、世間に悪事が知られることもなく、彼が「放免」して貰えるのが、普通ですから、この局面では、ローマ流の「金銭罰」のようなものも、ないわけです。「柔和で、優しい」日本人の顔が、ここにも垣間見えますね。

(5) ところで、「現行盗」と言えば、犯人が犯行現場で捕えられる場合が普通ですが、「頭の軟らかい」ローマ人は、腰布だけを身に付け、ほぼ裸の状態で、皿を携えた人物により、加害者(盗人)の家宅の搜索が実行された結果、見事に盗品が発見されるにいたった場合にも、「現行盗」が発生したものと扱っています。ここでは、すでに古い時代に、「現行盗」の枠組が拡大されていった経過が、見て取れますね。この仕組は、ごく古い時代に存在したと思われる、「儀式性」の高い手続の名残りでしょう。

(6) さて、「現行盗」と区別される「非現行盗」については、窃取された物本体の価格ないしは窃取によって生じた損害額の「二倍額」の罰金(償金)を科す制度が、法規上設けられています。普通、「非現行盗」がなされたという判定は、訴訟の場で確定されるでしょう。

(7) なお、窃盗の被害者は、「所有物返還請求訴訟」や「不当利得返還請求訴訟」の手段で、盗品を取り戻すとともに、二倍額などの罰金を取り立てることができるので、当然のことですが、二重の救済が受けられます。

(8) それでは、先の「家宅搜索」の話の続きに入りましょう。証人が参加するかたちの、簡易型の家宅搜索が実行された結果、自宅で盗品を発見されてしまった犯人の場合には、「現行盗」は発生することはない、彼は、「盗品の「三倍額」の罰金(償金)の支払を、義務付けられます。ときには、犯人が、勝手に、盗品を他人の家に「転置」しておく事態も発生しますが、そのとき、犯人でもないのに、自宅で盗品が発見されてしまった人物は、「三倍額」分の責任を負

わされることになります。その人物は気の毒な方なのですが、それでも、いったん「自宅で盗品が発見された」というかたち(タテマエ)ができあがってしまった以上、彼は、いくら抗弁しても、「三倍額責任」を免れることはできません。それでも、その不幸な人は、本来の盗人に対して、「三倍額」を自身にを支払うよう求める訴権を正式に法務官から与えられますから、理論上は、金銭的な損害を回復する道は、付けられています。それから、家宅搜索を拒否する人物が現われた場合、彼には「四倍額」というような厳罰が、待ち受けています。いずれにしましても、「二」と「三」と「四」という数字の使い分けには、御国柄が滲み出ていて、面白いですね。

(9) 「夫婦間の贈与」の、いわば反対側に、「夫婦間の窃盗」というものがあります。この所業は、正式の窃盗行為には、当たりません。例えば、離婚のさいに妻が夫の家から持ち去った物の返還を求めるだけの「おとなしい」訴権が、法務官によって被害者である夫に付与されます。よく「法は家庭に入らない」とか言われますが、「夫婦別産制」というようなものが夫婦間で成り立っていたローマでは、「夫婦は他人」という冷酷な論理も、それなりに貫徹されているわけですね。

## (二二) 人格権侵害

(1) 「人格権」という概念は、「他人に対する、故意による侵害または名誉毀損」を意味するものと、お考え頂きましょう。この行為は、現代流に言えば、刑事の犯罪を構成するものであり、また、民事上の「不法行為」とも扱われる性質のものなのですが、ローマでは、民事責任が問われるのが、主流となっています。

(2) 「一二表法」の第八表には、とても興味深い規定が置かれていました。「もしある人が他人の四肢を破壊したならば、その被害者との和解(一種の「示談」)が成立しないかぎり、同害報復(同じ身体傷害を加えることによって、被害者が報復を果たすこと＝ターリオー)が行なわれるものとする」、「もしある人が、手または棒により自由人市民の一骨を折ったならば、罰金は三〇アースとする。奴隷が被害者であれば、罰金は一五〇アースとする(自由人と奴隷とで罰金額がそれほど違わない扱いにされているのは、興味深い現象ですね)」、「もしある人が、他人に人格権侵害(名誉毀損のような行為)を行なったならば、罰金は二五アースとする(名誉毀損にそれなりに重い罰が設けられているところには、ローマ人が「名誉」というものを大切にしていた様子が、見て取れます)」。

(3) 単なる過失による重大な四肢傷害なら、話は、おそらく、少し別になるでしょうが、故意に損害を与えるような行為があったとき、そのことについて、



被害者側と加害者側の間で「和解」が成立するというのは、感情論もあって、容易には生じないことでしょう。金銭を渡せば簡単に解決する性質の事案ではないと、言えるからです。こういったとき、報復がエスカレートして、被害者側が加害者の命まで要求する事態に発展する可能性も、出てきます。それならば、金銭的解決の線は断念して、同害報復という、ある意味では、即物的で、簡明な「限定責任」を負わされるだけで済むことにする、というアイデアを古代人が思い付いたとも考えられます。これなら、「後腐れ」が少なくなるわけですね。実際には、手とか足とかを切られてしまうという罰は、恐ろしくて辛いことですから、加害者側が、目いっぱい賠償金を支払うことで許して貰える状態へと、事態の解決が誘導されていくかもしれません。和解に有利な状況が、この規定によって作り出されるはずですね。そのようなわけで、ローマ人が、いかにも原始的で、残酷な「ターリオー方式」で決着を付けた、というように即断するのには、いくらか問題もあるはずですね。聞くところによりますと、現在の「イスラム世界」の法制度の中には、古い由来を持つ「ターリオー方式」の制裁が、残存していたり、復活してきたりする現象が、認められるとのことですね。これは、「原始的」仕組ではありますが、それなりに「合理的な」要素をはらんでいるのかもしれないですね。

問題の「ターリオー制」の歴史は古く、ローマ国家の誕生から一〇〇〇年以上も前に編纂された「ハムラビ法典」（これは、現存している、世界の「法典」の中で、二番目に古い作品ですね）には、「目には目を、歯には歯を」という「ターリオーの法」が示されています（その考えかたは、旧約聖書や新訳聖書などにも、受け継がれました）。

話題は現代政治のことに及びますが、「限定戦争（通常兵器が駆使された場合には、通常兵器で反撃し、核兵器には、核兵器で対抗するといった、少なくとも、見かけ上は、理屈に適った作戦の展開）」という、現代人の「知恵」にも、「同害報復」の法理が見えているのではないのでしょうか。いかにも「形式的な」、筆者の捉えかたには、きっと、御異論も、あることでしょう。

（４）ところで、「アース」という貨幣価値についてですが、この金銭単位が法的な意味を帯びていた、重要な局面が、あります。「一二表法」時代の民事裁判（法律訴訟）で敗訴した側が、「結果的に神の前で嘘を付いたことになってしまったことへの償い」として神に捧げる「アース」が、それですね。この貨幣の実質的な価値が、時代の経過とともに下落していきますと、この法が規定している「アース」には、償金（罰金）としての重みが欠けることになったはずですね。現に、名誉棄損の罰金である二五アースというものが大した金額ではなくなってしまった後代には、罰金支払用の、その「小銭」を用意した上で、公の場で人の悪口を次々に言いふらす輩も、登場したそうですね。もっとも、このよ

うに法を小馬鹿にするような連中には、多分、「お上」の手により、何らかの方法でお灸が据えられたことと思われますが。

(5) 一二表法における、「人格権侵害」への制裁は、「法規制方式」なので、いわば「タテマエ的な手法」の表われですが、これが時代遅れになってしまったので、法務官は、「現場主義」により、訴訟の場で、「特別の」訴権を用意して、人格権侵害への制裁に新たな道を開きました。これは、いかにも「ホンネ的な手法」です。「評価的人格権侵害訴権」の開発が、それです。つまり、これは、「定額償金制」ではなく、具体的な訴訟の場で、有責判決のさいに償金として支払われる「損害額」を、事実＝実態に即して「評価」をしていく作業により、決定しようとするものでした。この画期的なスタイルを開発したのは、表に鎮座している公人の法務官ではなくて、裏に控えている私人の法学者であったと、推測されます。そこで駆使されている法技術の水準が、相当なものだったからです。歴代の法務官は、それぞれに、一年の任期の初めに、「告示」という公文書を公示しておくのですが、そこには、訴権が、問題を抱えた市民に利用可能なことを、示しておきます。各法務官は、ときには、必要に迫られて、先任の法務官たちが創り育ててきた「告示」の規制の枠外にあるような人格権侵害事案を司法的救済の対象とするために、自身の裁量で、「新ルール」を「その場限りの法」として設定し、それに準拠して判決を出すよう、判決担当の「審判人(私人)」に命じるのでした。もしこれが妥当なものと世間に受け止められれば、このルールは、次年度の「告示」の中に埋め込まれます。このようにして、ローマ法は生き生きと成長していくのです。

(6) 「評価的人格侵害訴権」の運用ルールとされているのは、以下の通りです。まず、通常の侵害のケースでは、「金銭評価(償金額決定)」の作業は、原告によって実行されます。もちろん、判決において打ち出される金額は、審判人が、被告有責の判断に至った場合において、「衡平に適ったもの」と判断した額になりますから、原告の求めてきた額に及ばないことも、あります。次に、場面が代わって、法務官が「重大な人格権侵害」が問題になっていると認識した場合には、「お上」である法務官自身が、金銭評価の作業を実行します。「重大なもの」とは、重傷を負わせた場合、公共の広場などで侮辱行為がなされた場合、公人である政務官を侮辱した場合などです。このとき、事実審理を行なって、被告に有責判決を下す判断に至った審判人には、評価金額について裁量をする余地は、与えられません。法務官の示している評価額で、決まりとなります。

(7) この訴権を行使するさいには、二つの重要な要件がクリアされる必要があります。この訴権は「一身専属的」な性質のものなので、原告の相続人には、利用不可能です。また、これは一年以内に提起されなければなりません。加害

行為によって生ずる怒りや復讐心は、個人的なものであり、また、時が経つにつれて薄められるのが通例ですから、そういった扱いになってくるのでしょう。全体として観察してみますと、ローマ人は、「お堅い」法の世界においても、細やかな気配りのできる人たちでした。そこには、何よりも「衡平感覚」を磨く、という姿勢が表われていますね。こういった「感覚」の存在に注目しておくことは、近代においてローマ法が復活＝復権した現象の背景を解き明かすさいに、有力な根拠となってくれるのではないのでしょうか。実のところ、「衡平感覚」の基底にある「バランス感覚」というものは、時と場所の違いに関係なく、時代を超えて、判断基準として、意味を持っているからです。

### （二三）不法損害

（１）「不法侵害」への民事的な制裁を新たに規制したのは、前二八六年頃に制定された「アクィーリウス法」です。余談ですが、古代のローマ法のシステムが近代の法制のありかたに影響を与えた無数の例の中で最も高い位置にあるのが、このアクィーリウス法です（現に、「ローマ・オランダ法」をかつて導入した「南アフリカ連邦」では、古代産の、この法律の痕跡が残っているとのことです）。

（２）さて、その規定は以下の通りです。

第一章・・・「ある人が他人所有の奴隷または家畜を不法に殺害した場合には、その人は、そのものが一年以内に持っていた価値の最高額に相当する金銭を所有者に与える責を負う」

第三章・・・「ある者が、奴隷または家畜以外の物を不法に焼き、砕き、壊して、他人に損害を与えた場合には、彼は、その物が直近の三〇日の間に持っていた（ここを、「持つことになる」という未来形で示している資料も、伝えられています）価値に相当する金銭を与える責を負う」

（３）この法律は共和政の盛期に当たる前三世紀の作品ですが、法規の構えには、何やら古めかしいところも見られます。その後、ローマの社会や経済が大きく発展していき、法学の水準もそれにつれて上がってきましたので、時代の要求にマッチさせるために、法のありかたに、手直しが丁寧に行なわれました。現代の、いわゆる「大陸法」系の国々では（いわゆる「英米法」の国々では、そうではありませんが）、法の修正には、ちゃんとした立法の形式が、その手段として用いられるのですが、ローマは、このような「タテマエ型」のルートよりも、裁判の現場で、裁判を掌理する任務を保有する法務官が、法学者の補佐の下で、「アド・ホック型」の、新しいルールを限りなく積み重ねていく、「ホンネ型」のルートで、スピーディーな対応が、取られました。

(4) 先の二つの法文では、「物」である奴隷または家畜の殺害と、その他の「物」の価値を減少させる行為への制裁に関して法規制が行なわれていまして、「人」の殺害や傷害の方は、この法律では規制対象になっていません。しかし、法務官は、訴訟現場で、「準訴権」という使い勝手のよい訴権を開発し、この法律の適用範囲を広げて、人の殺害も規制の対象としたものと、推測されています。これは重大な改革ですね。「常識論」からすれば、「物」と「人」では、話がまったく違ってくるからです。なお、「準訴権」というのは、本来の訴権を「準用」して、結果的に、訴権の枠を広げる、便利なスタイルのものです。

(5) 侵害行為と結果の間に「因果関係」が成り立つことが、法規適用の重要な要件ですから、そこに「積極的な行為」が介在したケースが、まず、問題になります。しかし、状況によっては、一步進んで、「不作為(とりわけ、なす必要のある行為を行わない場合)」によって損害が発生した場合に、責任が問われるケースも、あったようです。

人が「直接的な」行為によって損害を与えたことが、法適用の前提とされています。しかし、ある行為から生ずる、「間接的な」効果により損害が生じてしまった場合も、この法規制の対象に組み入れられたようです。ここでも、先の「準訴権」や、「事実訴権」(法務官が、正規の訴権が存在していなくても、行為事実の存在が確証されれば、そのことだけで司法的救済を実現させる、という内容を盛込んだ、究極的な「ホンネ型」の訴権です)が、利用されます。

(6) 「焼く」、「砕く」という概念の内容は比較的明晰なので、対応が比較的簡単なのですが、しかし、「壊す」という概念は、「完全に破壊する」こと以外に、「損傷を加える」ことまでも含むとも考えられますので、このタイプの加害行為も、その概念に包摂することが、解釈によって可能とされ、法規適用の範囲が大幅に拡大されました。

(7) 「不法に」という法規適用の要件は、元々は、客観的に法規違反があったことに加えて、比較的非難の程度が高い「故意」が介在したことです。後代になると、比較的非難の程度が低い「過失」が介在しただけでも、その要件を満たすものとされたようです。

(8) 損害の「実額」ではなくて、「最高額」分について責任が問われるのは、そこで損害賠償と償金(罰金)が合算されるかたちになっているからです。こうしておけば、被害者の経済的利益が、それ相応に確保されるでしょう。

(9) 普通、訴訟というのは、民事的責任が被告の側にあるかどうか、というポイントと、被告有責の場合の賠償金の額をいくらにするか、というポイントを巡って、原告と被告が対峙することになるでしょうが、アクィーリウス法訴権が行使される場合、被告が、素直に責任を認めて、支払う必要のある金額を裁判の場で決定して貰うことが、実質上、訴訟手続の中心課題になっています。

それで、被告が、そもそも不法損害など原告側に与えていないと言い立てて、争い、敗訴してしまったときは、問題の「最高額」などの金額は、「倍加」されてしまいます。日常的にしばしば生ずる「不法な侵害」の法的処理をスムーズに行なうために、このように「お上」が関与するのは、賢明なやりかたですね。当事者同士では、賠償金額について話し合いが付くのは、實際上とても困難だからです。

(10) 原告の資格を持つのは、所有権者であることが通例ですが、例えば、土地を使用・収益する地位を保有する「用益権者」にも、この手の訴権を行使することが許される、という扱いも、生まれてきました。

#### (二四) 債権者侵害

(1) 債務者が、あの手この手で債権者を欺いて利得を手に入れる、といった所業は、現代日本でも、しばしば「裏」の世界で発生していることかもしれませんが、もちろん、ローマにも、存在していました。例えば、ある債務者が、多額の債務を抱えることになって、破産が避けられないことを十分認識しながら、自身の保有する土地を、そういった事情を認識している他人(友人の場合が、多いようです)の手に渡してしまいますと、破産手続が開始した時点で、債権者が当てにすることになる、債務者保有の残存資産が、目減りします。売却が行なわれた場合なら、その代金が売り手のものとなりますから、破産寸前の債務者は、目前のこととしては、それだけリッチになるわけですね。実際のところ、その儲けが、すぐにどこかで使われてしまうとか、あるいは、それがポケットマネーとして隠されてしまうとかの事態が、生じてくるでしょう。制度論(タテマエ論)からすれば、債務者はいつでも気の向いたときに資産を他人に譲渡することは可能なのですが、常識論(ホンネ論)からすると、その資産を当てにしている債権者側には、そのようなことは、とても見すごせない振る舞いですね。

(2) そういった「不条理な」成り行きを食い止めるために、法務官は、思い切った手を考案しました。それは、「特示命令」という、行政的で警察的な性質の、強力な指示を出すことです。このようにして、債権者の詐害行為の存在を突き止めた法務官は、スピーディーに公権力を行使して不正を摘発する手法を開発したのです。ここには、「物事の道理」に適った法技術が展開されています。

(3) 債務者の許で問題の破産手続が進行している段階では、一年以内のことであれば、詐害的な行為に共同責任を負うはずの相手方がそこから獲得したものを、破産財団に取り戻させる目的で、「原状回復命令」が、法務官から出されます。それから、破産手続が終了してしまった後では、債権者は、悪意で何

らかの物を得た者に対して、売却目的物の返還をすることを命ずる「詐欺的特示命令」が、法務官によって出されます。

(4) 紀元前の共和政時代に開発された、これらの例外的なシステムは、六世紀の「ユスティニアヌス帝の法」において、有名な「パウルス訴権(法学者・パウルスが編み出した訴権)」のかたちで、完成され、正規の制度となりました。この訴権の目的は、詐欺行為の相手方が取得したものを取り返して、破産財団に組み入れるようにすることです。その手掛かりとなる「訴権」は、管財人および債権者に与えられます。被告は、詐欺行為の相手方で、債務者の不当な意図を知らながら目的物を購入した者、および、その意図を知らないままに、それを無償で手に入れた者です。

## (二五) 二倍額責任

(1) 現代日本で今でも通用する言い回しに、「倍返し」という日常的表現があります。そのほかに、「手付け倍返し」という法的表現があることは、「知人ぞ知る」です。これらは、それぞれに、物事の処理に巧くバランスを取る知恵として、昔から編み出されてきた発想ですね。

(2) ローマ人は、なぜか、「二倍額支払」というシステムをあちこちに散りばめた制度を持っている人々です。「三倍額支払」や「四倍額支払」のシステムも、ほかに存在していますけれども、「二倍額支払」のシステムが、最もポピュラーでしょう。例えば、判決を下す任務を与えられた審判人は、損害賠償額の「査定」をするに当たって、色々な状況を勘案していくのが常道ですが、払う方と受け取る方の間で主張が対立することが少なくありませんので、いつそのこと、細かいことを詮索するのは棚上げにして、「二倍額支払」辺りの線で、アバウトで、ルースで、ファジーな解決策を模索するのも、一つの賢明な策となるでしょう。法規や法慣行の場で「二倍額責任」が提示されていれば、関係者がそれを受け入れることには、それほどの抵抗はないかもしれません。何と言っても、「二」という数字は、「多からず、少なからず」の、「味のある」ニュアンスをはらんでいる倍率だからです。

(3) 次に、「二倍額責任制」が取られている例について、見てみましょう。

(a) 「現行犯による窃盗」の場合、現場での犯人殺害という、厳しい制裁が、古くから法規で定められていましたが、他方で、「現行犯によらない窃盗」の場合については、盗人は、盗品価格分の「二倍額」の償金を支払えば、それで許して貰えます(もちろん、これは、盗品が返還されるのとは、別のことです)。「お金」には、それだけの力が具わっているのですね。このように、制裁の度合いには、雲泥の差がありますが、これは、恐怖や怒り・復讐心の点で、違いがある点に着目してのことでしょう。なお、悪性度の高い「強盗」への制裁は、

「二倍額」の「二倍」の「四倍額」です。これも、考えようによっては、簡明な算定方式の例ですね。

(b) ローマで最も古い民事訴訟手続である「法律訴訟」で、被告が有責判決を受けた場合、彼が素直にそれに従って判決債務を履行するのが、普通の経過でしょうが、しかし、そうではなくて、「ホンネ論」として、「そもそも有責判決の基礎とされている事実など、存在しない」という理屈を持ち出したり、また、「タテマエ論」として、「そういった事実は確かに存在するが、それを有責とすることを定めている法など、存在しない」という理屈を持ち出したりして、被告が、判決に不服を申し立てるケースも、あります。被告が有責かどうかを正式に認定する、第一段の「争訟手続」において責任を負うことが確定した後に、三〇日間、判決債務を履行せずにいた被告に対して実行される、第二段の「執行手続」の場において、被告が、根本的に責任の所在を否認しながら、執行に異議を申し立てて、それが退けられる事態になれば、「責任額」は「二倍」に切り上げられてしまいます。被告が素直に「お上」の下した判決を受け入れず、手間を取らせたことへの「罰」として、そのような仕組が考案されたのでしょう。そうしておけば、言ってみれば「裁判のやり直し」の色彩もないわけでもない「執行手続」の段階まで、事案の決着を引き延ばすような人物の数が制限されて、国家にとっては好都合となりますね。「三審制」の司法枠組を用意している近代国家の場合とはまったく違った風景が、ここにあります。

(c) 契約法の領域では、「二倍額担保問答契約」付きの売買契約が、「二倍額」問題において最も重要な役割を果たしています。これは、売主が、権利の所属問題に関する訴訟において、担保人として、買主の側に立って防御を試みたににもかかわらず、敗訴の結果が生じたことにより、買主が手に入れた売買目的物が、第三者から「追奪」されてしまった場合において、売主が、買主に、売買代金の「二倍額」を賠償することを、予め約束しておく、という「危機管理」のできている契約のパターンです。その「追奪」というのは、最終的なかたちにおいては、第三者が、対物訴権を行使して、売却目的物の占有を買主の手から奪い取ってしまうことです。これは、その物に「権利の瑕疵(キズ)」がある以上、やむをえない成り行きですね。ところで、「倍額制」というシステムには、この「二倍方式」の他に、三倍、四倍の方式も、ありました。

(d) 先の(二三)で解説した「不法損害に関するアクィーリウス法」の定めるところによれば、被告が責任をすんなりと認めて、賠償額を審判人に「査定」して貰うという、訴訟にしては穏やかな流れとは別に、被告が原告に損害を与えたことを否認し、そのそも、根本のところまで争う姿勢を示して、訴訟が荒々しい流れになってくるケースも、あります。抵抗空しくそこで敗訴した被告は、査定額の「二倍」に相当する額を償金として原告に支払うことを、命じられま

す。その額の中には、「お上」に手間を取らせたことへの「罰金」というニュアンスも、併せて含まれているでしょう。「提訴に対して、根本のところ、責任の所在を争うか、それとも、言われているところの責任を素直に受け入れるか」の問題に関してどのような対応をするのがリーズナブルであるかについては、「そろばん勘定」をする上で、被告は大いに悩むことでしょう。

## （二六）無過失責任

（１）近代私法の基本原理の一つとして、「過失責任制（過失が正式に認定された場合にのみ、民事責任が発生する一端的に言えば、被害者に損害賠償がなされる一、という枠組）」の発想が、確立されています。世間では、「個人・企業に過失があったために損害を被った」とか言って、関係者から不満の声がよく上がるのですが、民事訴訟などの場で、「過失など、存在しない」というかたちで防御陣を固める人や企業の論理を吹き飛ばすような説得力を具えた証拠を、相手側に突き付けるのは、被害を被った人には、並みたいていのことではありません。専門的知識も、金も、時間も、欠けているのが、普通だからです。それに、有能な弁護士の助けがあっても、相手方の過失を、証拠を揃えて、立証していくのは、技術的に、大仕事となります。勝敗の行方はしばしば不透明ですし、三審制を採っている日本では、長期戦を覚悟して掛からなければなりません。それに、被害者側がとことんまで戦い続けるには、体力だけでなく、強靱な神経も、必要なのです。「過失の存在を主張する側が立証の責任を負う（これが、民事訴訟の大原則です）」のではなくて、「過失があると訴えられた側が、自ら、無過失であることを立証しなければ、過失責任が発生する（ここには、一種の「挙証責任の転換」があります）」とか、「過失などなくても、よろしくない結果を生じさせたことがはっきりしてさえいれば、賠償責任を引き受けさせる」といった、いわゆる「結果責任」流の論理とかは、合理性を何よりも大切にする「近代私法」の精神には、どうしてもマッチしないのです。

（２）ところで、ローマでは、「過失責任」のルールが、確立していたのですが、ローマ法が近代へとスムーズに継受された要因の一つに、当時、ローマで、すでに、この法理が、いわば「モダンな」かたちで磨き上げられ、制度化されていた、という事情が、挙げられるでしょう。

（３）ここで、見かたによれば、「過失責任制」の対極にある「無過失責任制」に基づいているような責任の取られかたが、制度化されていたとも考えられるケースについて、見てみましょう。

船主（具体的には、船長）、旅館の主人、厩（うまや）の主人は、商品や所持物を施設に預けて宿泊する旅人を相手にして、ビジネスをやっていく人たちです。人は、旅先では、土地や施設の事情に通じておらず、宿の中や外には怪し



い連中もいたりして、所持品や商品を掠め取られる被害に遭遇する事態は、しばしば生じていたことでしょう(わが日本では、そういった不祥事はごく稀で、とりわけ外国人旅行者からは、「日本は安全な国である」というお褒めの言葉さえも、頂いています)。それに、旅人はとにかく先を急ぎますから、「盗まれた」と言い立てる人と、「盗みなど、ない」と言い張る人との間の法的トラブルは、ローマ市周辺のことであっても、簡単には決着が付きません。何かに付けて「弱い」立場にある旅人は、「泣き寝入り」をするしかないのです。これは不条理な話ですね。

(4) これらの三タイプの「施設の主」は、旅客とは、本来は、「賃約」という型の契約(これは、「使用貸借」、「賃貸借」、「雇傭」、「請負」などの、「貸すこと」と「借りること」が組み合わさっている状況に対応するための契約類型です)を締結するようなかたちで、「客商売」を営むことになるのですが、そこでは、主人は、当然のことながら、「悪意(故意)または過失」が介在したことに基づいて、損害賠償責任を負うだけです。しかし、法務官は、旅人が主人の「悪意ないしは過失」を立証することが、現実問題として困難な状況を勘案して、「賃約」をベースとする正規の救済方法のほかに、旅客が持ち込んだ物品の安全を引き受けることに関して、明示的な約束を主人が旅客との間に結ばれていれば、ここで、「無方式の約束」がなされたものと扱い、正規の訴権の枠外にある「事実訴権(判決のさい基礎となるような法規が存在していなくても、問題となっている事実が存在すること自体を立証すれば、有責判決が引き出されることを可能にする、ホンネ型の訴権)」を特別に開発して、スピーディーな救済を容易にしました。

「明示的な約束」というのは立派なタテマエなのですが、これを実行することには、やはり、手間が掛かりますので、やがて、旅客が物品を宿泊施設に持ち込んだものを主人が「受け取った」、という事実(ホンネ)それ自体により、「黙示的に」主人が補償責任を引き受けたことになる、というシンプルな扱いがなされるようになりました。ラテン語の〈recipere〉という動詞は、専門用語としては、「責任を引き受けること」という意味の言葉ですが、そこには、即物的な意味として、単に「受け取ること」というニュアンスもありますので、先の取扱の変更は、言葉＝用語の解釈を読み替えて、生まれたものです。「物品の安全な保管を引き受けた」ことではなく、「物品を受け取った」ことで、主人側の管理責任を問える、という法的論理は、結局のところ、実質上、「故意ないしは過失があったために、損害が生じてしまった」というポイントの立証を旅客側がやり遂げる必要がないことにもなってきますので、いわゆる「無過失責任」や、「結果責任(原因と結果の間に因果関係が明らかになっていれば、過失があったかどうかは、そもそも問題にせずに、損害賠償責任を企業などに

取らせるという論理)」が生み出されている場合と、いくらか似たような情況が成り立つことになったのです。

ある法学者は、船舶が海難や海賊の襲来に遭遇したために海損が発生した場合、ここに「不可抗力」が加わったものと見て、船主の責任を免除するのが妥当である、という考えを著作で発表しています。この発想は、言ってみれば、「無過失責任制」に例外を設けるものですね。

## （二七）諾成契約

（１）ローマの契約法においては、「類型強制」が、タテマエ（基本原理）として、確立されています。つまり、その発想に基づいて、「典型契約」と名付けられることもある、特定の、契約の「型」がきちんと利用されていなければ、「約束ごと」が巧く機能しない構造になっているのです。その手の契約は、以下に示すように、一二個（四群）から構成されています。もともと、それ以外の「約束ごと」が法的保護の枠外に捨て置かれるままにされてしまう、というわけでは、ありません。

（２）そのさいに用いられたテクニックの第一は、古来最も重要な「言語契約」である「問答契約」を実行しながら、その条項の中に、この「特別な約束ごと」を埋め込んで、本体の問答契約が具えている「契約力」に頼って、この「特別な約束ごと」に拘束力を発生させることを可能にする「裏技」です。それから、時代が下るにつれて、第二のテクニックが開発されました。正式の方式に則ることなしに、単なる意思の合致によって成立する、非公式の「無方式の合意」のルートで「約束ごと」が生まれたときにも、法により、これに対して、保護の手が差し伸べられるようになったのです。それは、訴訟の現場で、表にいる公人としての法務官と、裏にいる私人としての法学者との緊密な共同作戦によって積み上げられてきた法技術の成果の一つです。このさい、第一のものを「タテマエ的改良法」とし、第二のものを「ホンネ的改良法」とする区分も、可能でしょう。

（３）次に、「諾成契約」の四つの契約類型の各々について、見ていきましょう。

「要物契約」が成立するためには、当事者間の「意思の合致（タテマエ）」のほかに、契約対象物の交付（ホンネ）が、必要です。消費貸借、使用貸借、寄託、質（信託）が、これに属します。

「言語契約」が成立するためには、「意思の合致（タテマエ）」のほかに、定型的な文言（ホンネ）を口頭で発することが、必要です。問答契約、嫁資の言明、労務約束が、これに属します。

「文書契約」が成立するためには、「意思の合致(タテマエ)」のほかに、文書の作成＝借方記入(ホンネ)が行なわれることが、必要です。これに属するタイプは、一種類だけです。これは、問答契約というものが、両当事者の在席の下でしか成立しないというシステム上の不備を補うために、隔地者でも債務を発生させることを可能とした、合理的な技術作品です。

(4) さて、本項の主題である、第四型の「諾成契約」を成立させるには、「意思の合致(タテマエ)」があれば、それで、十分です。これはかなりモダンな発想の産物ですね。「売買」、「賃約(賃貸借、雇傭、請負)」、「委任」、「組合」が、これに属します。これらは、ローマの場合と同様に、現代でも、契約の中心的存在となっています。

(5) ちなみに、比較法的に見ますと、古代ギリシアの法や古いゲルマン法の世界では、「合意」が成り立ちさえすれば、それに人を拘束する力が与えられるといった、「ホンネ優位」の扱いにはならず、「合意」に加えて、ある種の手続(タテマエ)の実行が、求められていました。常識的に考えてみれば、言葉の上の「合意」だけに頼ることに関係者が不安を抱くのは、当然のことでしょう。このことは、世間では、「口約束」というものにはもう一つ信用が置けない、といった感覚が残っていることから、理解されることですね。もっとも、聞くところによりますと、「商人の町」として名を馳せていた、昔の「大阪」では、「口約束」には、商売道の上で、絶大な拘束力があつたそうです。

(6) このようにして、人が、古い「形式ごと」から解き放たれ、自由な言葉を発したりして合意するだけで、契約を組み上げることが可能になったのですが、古来、ローマ人が「信義や誠実」を大切にする行動様式を堅持していたために、「言葉＝発言」の重みが相当なものであつたという事情も、間接的ながら、諾成契約の発生を促したのかもしれませんがね。以上のことはローマ独特の国内事情によるものですが、そのほかに、対外的な事情にも、注目する必要があります。ローマの売買の一部分は、外国の商人を相手方とするものですが、市民が彼らと契約を交わそうとするときには、「ローマ・モデル」の契約方式では不都合なこと(例えば、そもそも外人は契約当事者となれないとか、ラテン語を契約締結の過程で用いる必要があるとかの事情が、それです)、しばしば生じてきますで、外人にも親しみやすい、万国共通の「商行為上の信義・誠実義務」を頼りに、「承諾した」ことを重視して、それに基づいて契約関係を構築していくことが、リーズナブルなスタイルとして、広く受け入れられるようになりました。ローマ法が、「普遍的な法」として、場所と時代の違いを克服して生命を保ち続けた秘訣の一つをここに求めても、差し支えないでしょう。

## (二八) 組合

(1) 人々が、何らかの目的のためにわざわざ結集し、共同して活動するようなことは、どのような社会でも、程度の差はあれ、しばしば生じてくる現象です。現代では、人の集合体というものの中軸には、「組合」と「社団(法人)」という二つのタイプの組織がありますが、後者の方が重要性の点で優位に立ちます。社団は、法的に独立した単一体でして、構成員の死亡や脱退があっても、その出来事が、組合組織の存続に影響を与えることは、ありません。また、社団は、自身のために行動する、独自の機関を具え、その財産は、社団が所有します。つまり、「社団」には、「タテマエ性」が濃厚なのです。

話は変わりますが、ローマの「組合」は、法的に独立した単一体ではなく、関係者間の意思の合致によって生まれる契約(諾成契約)によって成立している存在である、という事情により、一構成員の死亡または離脱により簡単に消滅してしまいますので、これは、「脆い」側面を持っていました。その財産保有の形態は、「合有」もしくは「共有」です。これを、「ホンネ性」の濃い組織体というように、受け取っておきましょう。生身の人間が組織の主人公だからです。

さて、ローマには、権利主体としての資格を具えた、「法人」という「タテマエ系の」組織に相当するようなものは存在せず、「集団」としては、明確なかたちを持つ、「ホンネ系の」「組合」だけが、ありました。広い意味における「組合」には、例えば、商事組合、銀行業者の組合、租税(直接税・間接税など)徴収請負人の組合などが、あります。これらは、世界的な通商国家であったローマを下支えする人的集団です。ここには何やらモダンな色合いも多く見られますが、現代の場合とはかなり異なって、組合という結合体が、「信義誠実」という、ローマ人が大切にしてきた「徳目」によって根本的に支えられていたところが、注目点です。その、いわば「ウェットな」背景から、いくつかの特色が導き出されてきます。

その一つは、ときには生じてくる組合員間の訴訟で、敗訴判決を受けた組合員が、「破廉恥」の烙印を押されてしまうことです(この成り行きは、名誉を社会的に重んずるローマ人にとっては、社会的には、致命傷となります)。この出来事は、組合内部のトラブルを「訴訟沙汰」にしてしまっただけで、組織を支えている、大切な信頼関係を破壊したことへの、社会的な「罰」と受け取っても、よいでしょう。敗訴して金銭的責任を果たせば、それでよい、というわけにはいかないのです。それでも、敗訴した被告には、「なすことができるかぎり」で、つまり、「資力の及ぶ限度で」責任を果たすことで、勘弁して貰えます。それに、「生活資留保の利益(生きていくのに最低限必要な金銭を留保できるというメリット)」が、彼に認められています。このようにして、破産者が、「債務奴隷」の身分に陥って、組合員仲間であった債権者の許で働かされる、とい

う悲惨な状況は、彼の場合、幸いにも、回避されるわけです。ここには、古い時代に存在していた「相続人共同体」が、濃い人間関係の産物であった関係で、これが「ウェット」で「優しい」存在であった、という要素が、ビジネスの舞台としての、後代の「組合」の場合にも反映されていると見ても、よいでしょう。古いものや、伝統的なものをモデルにしたり、参考にしたりしながら、新規に法技術を組み上げていくのは、保守的なローマ人には、とても馴染みやすいスタイルなのでした。

(2) ところで、問題の「相続人共同体」というのは、かなりローマ的な性格を持つシステムです。これは、家長の死亡によって、その強大な家長権に服属していた家子がそこから解放されることにより、一挙に、新たに一家を構える「自権相続人(女子も男子も、同格です)」が誕生するさいに生まれてくる組織体です。相続財産が、さしあたり、相続人全体に「合有」されますが、これは、所有権が相続人全体に帰属する形態のものです。ここでは、家長が死亡しても、かつての「家共同体(ファミリー)」が、いわば「仲間団体」というかたちで、存続しているような格好になりますね。ところで、自権相続人は、それぞれ、法定相続または遺言相続の制度を介して、相続財産に対して、観念的な「持ち分(相続分)」を保有しているのですが、いずれは、相続人の誰かから、「遺産分割請求」の要求がなされ、相続人共同体は解体していくことになります。このような「財産管理モデル」には、特別のメリットもあったようで、相続人の間でなくても、周辺の人々を加えて、人為的、人工的に「相続人共同体」のようなものがわざわざ設立されるようなことも、あったようです。ここには、「ドライな」人間関係が生まれることを回避するために、「相続人共同体」の中に存在する「兄弟姉妹関係」に倣うようにして生み出された、柔らかくて、優しい「人間関係」が、存在していたのでしょう。ちなみに、日本語には、「義兄弟(まったくの他人なのに、本物の、義理の兄弟の場合のように、親しい間柄に立っている人物)」という表現がありますが、先の見かたは、ひょっとすると、これと接点があるかもしれません。「古い皮袋に新しい酒を盛る」技術は、ローマ人御得意のものでした。ここには「転用型」の法技術が、大々的に展開されたケースが見られるとも、言えますね。これは、後にビジネス絡みの制度とした開発された「組合」の前身のようなものかもしれません。

(3) それでは、本題の「組合」の中身を観察してみましょう。

(a) 組合契約は、「諾成契約」のグループに属するもので、方式に縛られず、「無方式の合意」によって、締結されます。外人(ローマ市民権を保有していない他共同体の市民)も、堂々と組合のメンバーになれるところが、注目点です。「信義」というものは、市民権保有の有無とは関係なく成り立つものなので、このような扱いも、自然に生じてきたのでしょう。ローマ人の「頭の柔軟性」に

は、驚かされます。ここでは、「外人」の処遇に関して「法技術」が開発されたと、見ておきましょう。いわゆる「属人主義」を採用していたローマにおいては、ローマ人でない人がローマ法の適用を受けられる、というのは、画期的なことだったからです。

(b) 組合を成立させるに当たって、組合員となろうとする人は、物または労務を提供していかなければなりません。その内容は自由に決められます。

(c) 利益および損失の分担問題については、その持ち分が自由に定められます。もっとも、利益分は享受するが、損失分は引き受けない、といった「アンバランスな」状態を生み出す取り決めをしている組合(いわゆる「ライオンの組合」の場合)は、無効です。このネーミングは、ライオンが、獲物を手に入れる目的で、他の動物たちと協力し合って、「組合」を結成しましたが、ようやく獲得した獲物を「独り占め」してしまったことを意味しています(この話は、有名な「イソップの寓話」の中に織り込まれていました)。いくらなんでも、これは、信義に真っ向から対立する、「不条理な」話だからでしょう。それから、分担割合について取り決めをしておかなければ、その割合は均等となります。

(d) 各組合員全員が、「自身の名」で行動します。誰かが組合の「代理人」として立つようなことは、ありません。一組合員の手で、債権・債務の発生や物の取得などが生ずれば、その効果は、最終的には、持ち分の割合に応じて、配分されていきます。組合員相互間には、「信義誠実」に適った付き合いが成り立っていますから、「利益配分問題」は、比較的穏やかに処理されたはずで

す。

(e) 各組合員は、自身の判断で「解消告知」をすることにより、組合を解散させることができます。組合員全員の間に信頼関係が成り立っている、という構造が前提にありますから、一人でも欠ければ、その組織が存立しなくなるのは、やむをえないことです。

(f) 組合が解消されるときには、場合によっては、組合員間の債権・債務が相殺されるなどの計算処理が、別に、行なわれます。組合存続中でも、相殺が実行できるようにするシステムを採用するやりかたの方が、より合理的でしょうが、それを許すと、トラブルが表に出てきて、人間関係が破壊されてしまう危険もありますので、清算は後回しにする策が、取られたのでしょう。もっとも、後代には、組合存続中でも、相殺の中身を巡って訴訟が組合員間で行なわれることも、可能となりました。この段階では、「ウェットな」組合関係は、「ドライな」ものへと変質してしまったのです。

(g) 組合関係の清算を伴う訴訟で敗訴してしまった組合員には、「破廉恥」の烙印が押されます。これは上流社会の人にとっては、強烈な社会的制裁でした。「信頼のおけない人」という評判が、世間に広がってしまうからです。

(h) 有責判決を受けた組合員は、債務超過のために破産状態になっても、「なすことができるかぎり」で、つまり、返済のための資力がある範囲内で、金銭的な責任を問われるだけです。これについては、かつての「相続人共同体」において、金銭的なトラブルが発生したさい、債務を負った身内を極度の苦境に追い込まないやりかたが取られていたことの残像である、という説明がなされてもいます。

## (二九) 信託

(1) ローマ法上の「信託」というネーミングは、現代の「信託銀行」という言葉とも、いくらか関係があります。この、日本の「信託」は、歴史的なイギリス法にその源を持つ制度なのですが、まったく別系統のローマ法にも、同じような制度が存在していました。

(2) 現代日本には、「譲渡担保」というシステムが、あります。これは、債務者となった人が、自身所有の物(担保物)をきっぱりと債権者に譲り渡してしまうという形態により、物的担保が設定されるようになっている場合のものです。不動産に抵当権を設定しておくのも、債権者には、いざという時のための用意になりますが、抵当権設定は、どちらかと言うと「タテマエ的な」担保(債務保証)です。これに対して、「譲渡された物を担保に役立つようにする」というシステムは、即物的で、「ホンネ的な」担保形態ということに、なってくるでしょう。この「譲渡担保」の特色は、債務者が、所有権譲渡を通じて、担保として差し入れたもの(例えば、会社の設備)を、必要に応じて、「賃借」するかたちで占有(利用)しながら、従来通りに営業を続けていけるところに、あります。これだと、担保を設定しても、表面的にはあまり波風が立たないので、何かとメリットがありますね。ローマでは、担保物の使用・利用を債務者任せにしておくといった、譲渡担保の最先端のパターンは、それほど出現していないと考えられますが、それでも、この手の担保方法は、それなりに利用されていました。現代では、このような「物的担保」は、場合によっては、「人的担保」よりも使い勝手のよいものと、受け取られています。一方、ローマでは、保証人となってくれる人物は、例えば、水平型の、友人間の「助け合いの精神」や、上下型の「社会的な保護システム」が確立していたおかげで、比較的容易に見出せましたので、「人的担保」の方が、「物的担保」よりも、利用頻度が多かったと、推測されます。

(3) ローマでは、「友人」というのは、現代では想像もできないような、ありがたい存在です。社会生活を営んでいく中で、友人のお世話になることが、とても多かったからです。こういった現象は、法の世界でも、いくつも、見られます。正に、「持つべきは友」なのですね。ちなみに、聞くところによりますと、現代の欧米社会の上層部には、「友人関係」というものが、今でも、成り立っており、これらの人々相互間では、「せちがらい」世の中にあっても、「友人を助ける」という「徳目」が、まだ存在感をもっているそうです。実のところ、法が取りしきる世界で、友人の助けがあることは、とても好都合ですね。

(4) さて、例えば、ある人がある物を友人にきちんと保管・管理して貰おうとする場合、「寄託」という、契約の一類型を利用して、目的を達することができるのですが、それ以外に、もっと簡明な方法として、その物を引き渡して、預かり主の所有物にしてしまう手が、ありました。ここには、「友人と締結された信託」の構造が見えています。これが、信託の原点なのでした。

信託の中で重要なのは、これとは別系統の、「債権者と締結された信託」です。契約において債務者の側に立つ者は、自身所有の物の所有権を、「握取行為」とか、「法廷譲渡」とかの、古式ゆかしい手続によって、「信託」目的で、担保物として、債権者にきっぱりと譲渡してしまいます。それが「譲渡担保」と名付けられるものです。そのさい、受託者となる、本契約上の債権者の義務を定めておく「信託合意」が、約款として、添えられます。信託者(債務者)が担保付きの債務を完済した場合には、問題の担保物が、約款に明記されている所定の手続に則って、受託者から、信託者の許へ再譲渡されるのが、通常のコースですけれども、現実には、例えば、受託者が、所有権者として、第三者に問題の担保物を売却してしまっ、債務返済後の再譲渡が不可能になるというようなトラブルも、起こるでしょう。さて、ときには、債務者が債務を弁済できなくなり、受託者の許で担保物(受託物)の法的処理がなされる必要も、生じてきます。それで、受託者が、信託者に貸し付けた金銭を回収する目的で、担保物を売却して、清算を試みることもなされますが、この売却額の方が債務の額よりも多いときには、その差額は、「売却約款」における取り決めにより、信託者に戻される仕組みになっていたでしょう。これは「合理的な」処理法です。しかし、おそらく、元々は、そうではなくて、プラス分は、受託者のものになっていたかもしれません。信託者が受託者にいったん譲渡した物は、信託者の債務不履行によって、そっくり、そのまま、受託者に帰属して、それで処理が決着する扱いにするのが、ある意味では、自然で、シンプルで、使い勝手がよいのです。問題の「売却約款」は、当初の段階では、方式に捉われない合意をベースにして、作製されていましたが、後代になると、そのような取り決めがなくても、売却が、可能になりました。このような「簡略化」も、法技術の成



果の一つでしょう。その一方で、売却金が債務額に及ばないときには、受託者は不利益を受けますが、それに対する救済は、不足分を請求する訴訟を経由して、解決されることになっていたと、推測されます。

(5) なお、信託者と受託者の間で金銭トラブルが発生し、「訴訟沙汰」になり、そこで敗訴してしまった側は、「信義違反」の振る舞いをしたということで、「破廉恥」の烙印を押されてしまいます。このような社会的な制裁は、信義によって成り立っている「組合」、「委任」、「寄託」、「後見」という人間関係の中で、敗訴判決が引き出された場合にも、見られる現象ですね。

(6) 「軟らか構造」を具えているせいもあって、かなり複雑な要素を持つ信託は、ローマ法が高度の発展を遂げた時代の産物ですが、帝政盛期を過ぎたころから、しだいに消滅していきます。債務者が、「担保物」の「所有権」を自身の手許に確保したままの状態、これを担保としておく「質(これは、ローマでは、現代流の「質」と「抵当」を併せたシステムです)」の制度が、これに、全面的に取って代わりました。

### (三〇) 債権譲渡

(1) 現代的な感覚からすれば、ある人が保有している「債権」は、立派な財産権です。もっとも、極端な場合、債務者が、借金の返済に困り、破産してしまえば、債権者が現実を得るものは、まちががなく「目減り」する関係上、債権の「実質的価値」には、流動的なところがあるので、その権利には、実質的には、不安定な要素も、あります。それでも、諸般の事情から、保有債権を他人に売却してしまいたい、という人もいますし、他人所有の債権を「買いたたいて」、名目上の債権額を割り込むような低価格で買い取り、それを、満額、回収して、利益を上げる人も、います。

(2) ローマ人は、「債務関係」を設定するさい、債権者と債務者の間に「顔の見える」人間関係(人的拘束関係)が成り立つことを、重視する人たちでした。そこでは、現代人の場合よりもはるかに高いレベルにおいて、当事者相互間で、「信義・誠実に適った振る舞いをする」という「徳目」が、意味を持っていました。そのような環境下では、債権譲渡が実行されて、債務者が、「赤の他人」である新債権者から債務の履行を迫られたとき、釈然としない気持ちになるのは、やむをえません。

ちなみに、同じようなことは、「代理」のさいにも、認められます。現代では、ある人が、代理人を介して、自身に直接に効果が及ぶかたちで、法律行為を実行する、という仕組みは、日常的にしばしば見られる現象なのですが、そこでは、「本人の顔」が見えないところで、法的な手続が成立します。しかし、ローマでは、「他人が本人の代わりをすることができる」といった「観念的な」

発想には、違和感が抱かれていました。それで、ローマ人は、どうしても法律行為の本人の顔が見えないタイプの「直接代理」のスタイルを取りたくないためでしょうか、その顔が、一部見えるところで成り立っている「間接代理」の技術を、「直接代理」の代わりに、開発していくことで、何とか「代理問題」をクリアしました。「間接代理」とは、本人以外の人物(多くの場合、信頼のおける友人)が、本人の依頼を受けて、例えば、他人と契約を「主体的に」締結し、その後、そこから導き出された成果(効果)を、別途、本人に移転していく、という構造のものです。これは「二重手間」になり、そこでトラブルが生ずるリスクもないわけではありませんが、人と人との信頼関係が濃密であったローマでは、これで、代理は、普通、スムーズに成立するわけです。これも、広い意味における「法技術」が駆使された例となるでしょう。「直接的な」手法と、「間接的な」手法が、巧みに使い分けられているからです。

(3) ローマ法では、このように、債権の譲渡を受けた人物が自身の権利に基づいて債務の履行をきちんと受けられる、といったルールは確立していなかったのですが、それでも、債権譲渡が必要になる局面も、ときには生じてきます。それに合理的に対処するために、「債権譲渡は認められない」とするタテマエはそのままにして、「実質的に(つまり、ホンネ的に)」債権譲渡があった場合と部分的に似たような状況を生み出す制度が、次々に考案されていきます。一般に、伝統をことのほか重んずる「保守的な」ローマ人は、古くから成り立っている、もろもろのタテマエを崩すことを好まない民族性を持っていたようです。時代の変化により、その「タテマエ」を手直しする必要に迫られたとき、彼らは、もろもろのホンネを編み出して、その場かぎりの軟らかい対応をしていながら、しのいできました。結局のところ、長い時間を掛けて、「例外物」であり、「異分子」とも言える「ホンネ」が、その実績により、いずれは、「タテマエ」へと昇格することになります。ローマ人というのは、本当に「気の長い人たち」なのでした。

(4) 次に、「債権譲渡」の効果を実質面で生じさせる力＝機能を持ったシステムの概要を、観察してみましょう。その変化が生じ始めたのは、ローマの建国から七〇〇年以上も経過した紀元後の初めのことです。この時代には法学が完成の域に達して、「古典期法学」が確立され、新しい、「債権譲渡」の理論的考察も、可能になりました。

(a) まず、債権を譲り受けようとする人物(譲受人)が、債権を譲り渡そうとする人(譲渡人)の訴訟代理人(代訟人)の地位に就く方法が、開発されます。いわば「タテマエ人」としての債権者の地位にある譲渡人と、債権取り立ての権限を特にこの者から与えられている、いわば現場の「ホンネ人」としての譲受人との組み合わせが、ここに見られます。後者は、債権者ではありませんが、

本人である、その「譲渡人」の名(名義)で、提訴の行動を取り、勝訴のさいに取り立てたものを「自身のために」保持することができます。これで、実質的には、債権譲渡の効果が発生しますね。しかし、それは訴訟の場に事案が持ち込まれた場合にだけ意味のあることでして、訴訟以前の段階で、債務者が本来の債権者である譲渡人の方に、さっさと債務を弁済してしまったならば、それで事態は完結してしまいますので、訴訟代理人の「立場」はなくなり、場合によっては、彼は損害を被ってしまいます。もっとも、「わざわざ対価を払って債権を譲渡して貰ったのに、その債権本体が役立たなくなってしまっている」という不条理な結果を回避するために、特別な手続が、別途、事後的に、用意されていますが、これを利用するには、何かと手間が掛かることでしょう。なお、「代訟人」というのは、「自己の利益のための委託事務管理人」という位置付けになりますが、これは、本人が原告として法廷に出頭できないときのために、特別に認められていた、由緒ある、古い制度です。

(b) 上の制度の場合より遅く、法学の「古典期」も後期になって、アントーニヌス・ピウス帝のリードの下に、譲受人は、譲渡人が依然として債権者の地位に留まっていますが、今度は、「自身の」名(名義)で、債務者に対して債務の履行を求める「訴訟上の」権利を付与されます。これは、譲渡人の保有する「本来訴権」に対する存在である「準訴権(このテクニックは、本来訴権の仕組みをちゃんと「準用」して、所期の目的を達成する裏技です)」として、構成されています。つまり、彼の地位は、「訴訟代理人」という従属的なものから、独立の「原告」へと昇格することになったのです。ちなみに、この「準訴権」というものは、はるか彼方の共和政時代に、気の利いた法務官が、世の中をよく知っている法学者の助言により、法改革の重要な「武器」として開発していった、優れたものの法技術です。さて、債務者が、本来の債権者(今は、債権譲渡人となってしまった人)に債務を弁済したいという心情になるのは、ごく自然なことです。先の場合と同じように、その「譲渡人」の方に、債務を履行してしまうかもしれません。ここでも、「譲受人」は、肝心の債務が、その行動により、すでに消滅してしまっている関係で、債権保有の意味が消え失せてしまい、自身が債権の譲渡を受けたことのメリットがなくなってしまうから、不満の声を上げることでしょう。

(c) それからまた時間が経った後のことですが、ようやく、「譲受人」は、「自己の権利」をベースに持つ債権者として認められるようになりました。彼がいったん、債務者に「譲渡通知(債権の譲渡を受けたことを知らせること)」の手続を取っておきますと、債務者は、元々の債権者の地位にある「譲渡人」に債務を履行しても、それで債務を免れることはできません。新債権者である「譲受人」に履行しなければ、債務を負担している状態は、終わりはならないので

す。このような経過を経て、ようやく、「譲受人」の安定的な地位が定まったわけです。

(5) 次に、「債券売買ビジネス」の規制について、見ておきましょう。西ローマの領域における帝政時代の中期に当たる三世紀には、「経済に強い」国として定評のあるローマにも、諸般の事情のせいで、遂に、経済的な危機が到来したのですが、そこでは、債権というものの経済的価値が急落する現象が、頻発しました。先の見通しが確かでなければ、将来の約束である債権は、実質的価値が不透明になってしまうからです。そのとき、債権者の不安に付け込んで、債権を安く買い集める業者がはびこったので、国は、その暗躍を抑えるために、法規制に乗り出します。アナスタシウス帝のリードにより五〇六年に制定された「アナスタシウス法」が、その成果です。そこには、債権の額よりも低い価格でそれを買取った人物は、債務者から、安い買取り額以上の金額を取り立てることはできない、という趣旨の規定が、設けられています。ところで、国家が、このように、本来は自由に展開される「売買」に関して規制を試みる、という傾向については、先の法から二〇〇年も前に、先駆的な出来事が、ありました。つまり、それは、「軟らかな帝政」とも言える「元首政」の後に登場した、めりはりの利いた「硬い帝政＝専主政」の創始者であったディオクレティアヌス帝が、三〇一年に発布した「売却額の代価に関する告示」により、あらゆる種類の給付について、売買の最高価格を定め、それに違反する者には厳罰を科すよう、命じたことです。経済へ法が介入するという事態は、近代以降の時代では珍しくないかもしれませんが、「法の国」であったローマでは、古代世界ではおそらく異例のかたちで、すでに、その段階まで進んでいたのです。しかし、この、「告示」という形式の法は、「売買価格は力関係により自在に決定される」という「経済の論理＝常識」に圧倒されて、実効性を持つことはありませんでした。「生きもの」である「経済」を抑え込むだけの力を持った「法技術」など、容易なことでは考案することができないのでしょう。ひょっとすると、先の「アナスタシウス法」も、それと同じ運命を辿ったのかもしれない。

ちなみに、「法」と「経済」の関わり合いについて、最近になり、ようやく、「裁判の経済学」という、理論的考察を施す業績も、現われてきていますが、筆者個人は、それよりも上位の、「法の経済学」という、新しい学問分野が切り開かれることを、期待しています。そうなれば、タテマエとしての「法」と、ホンネとしての「経済」の交錯の実相が、理論的に明らかにされることでしょう。

### (三一) 訴権

(1) ローマ法の世界には、定義的な法規定は、わずかしかなのですが(法学者が、元来、定義をすることに、あまりメリットを見出していなかったからです)、珍しいことに、「訴権」について、以下のような法文が、存在します。「訴権は、ある者が、自身に対して負われているものを追求する権利以外の何ものでもない(これは、いわゆる「市民法大全」の一部を構成する「法学提要」の一節です)」が、これです。ところで、ローマは、「訴権(民事的な訴えを提起する権利)」を法制度の基本に据えている国家です。現代日本の法は、「制定法＝成文法主義」を採用している、いわゆる「大陸法(フランス法およびドイツ法)」の法系のグループに属していますので、理論的、観念的に、極めて厳格に構築された実定法規を、具えています。これをきちんと読み込むことは、一般人にはとても無理な相談ですが、それでも、弁護士などの専門家の助けさえあれば、人は、自身が、社会生活の場で、どのような「権利(正確には、権利のようなもの)」を保有し、どのような「義務(正確には、義務のようなもの)」を負わされているかを、大筋において、比較的容易に突き止めることができるでしょう。

その一方で、ローマでは、「実定的な」民事法規が用意されていることが極度に少ない関係で(ローマ初期に当たる紀元前四四九年に制定された「一二表法」制定事業は、その大きな例外に属します)、市民にしてみれば、民事関係の、法的な問題に具体的に絡んでくるような紛争事案を、とにかく、法務官の指揮する法廷に持ち込んで、「お上」から、自身の要求を展開するための「道具」としての「訴権」を与えて貰うことが、先決問題となります。法務官は、一年の任期の初めに、「自身が、訴えを持ち込んできた市民に、どのような訴権を付与して、裁判審理への道を開いてやるか」という問題の扱いについて簡潔に記した「告示」を、広場に公示しますので、そのかぎりでは、市民も、「権利・義務関係のようなもの」について、それなりの予備知識を持つことができますが、実際のところ、この告示は、個別的な事案についての救済手段を提示するだけの、狭い枠組ですから、次々に発生してくる「新手の」法律問題に対応していけないところが、あります。

(2) 社会の経済的発展や複雑化が進み、人の意識や行動原理にも変化が生まれてきますと、そこで新たに生じてくる法律問題にも対応できるような「法規」を国家がきちんと策定してくればよいのですが、初期ローマには、それを実行できるような環境も力も、ありませんでした。「習俗(父祖の遺風)」の力が強く、市民が物事の解決を模索するさい、「法」などにはあまり頼らない習性があったことも、そのことに、一部は、関係していたかもしれません。それに、元々「実務家肌」のローマ人は、民事法の基本ルールをトータルなかたちで「制度化」するようなことには冷淡でして、何事に付けても、「実務任せ」の「行

き当たりばったり」スタイルで、「その場しのぎ」をしていましたし、本格的な法規(タテマエ)を作り出すことができるような「法専門家」は、まだ育っていなかったのも、社会の法的トラブルを捌くために、「訴権」という、「アド・ホック」で、具体的な装置(ホンネ)を活用しながら法を生み出すという、「手軽な」手順が、気長に開発されていくことになったのです。

(3) この傾向は、建国から一三〇〇年もの歳月を経た紀元後六世紀中頃に編纂された、いわゆる「市民法大全(コルプス・ユーリス・キーウィーリス)」という立法作品においても、あまり修正されませんでした。その一部門を構成する「法学提要」は、四〇〇年ほど前に活躍した、在野の著名な法学者・ガイウスによって著わされていた、同じようなタイプの書物(これは、一八一八年になって偶然に発見された、主として法学の講義向けの、貴重な学術資料です)の影響を強く受けたものでして、当時の東ローマ帝国に二つあった法学校の教科書として利用できるように作製された立法作品です。それでも、これは、当時のローマ法全体を整理し、十分に理論化した作品にまで磨き上げられているわけでは、ありません。さらに重要なことは、この法典の中軸部門である、異色の「学説彙纂(ディーゲスタ)」が、三〇〇年ほど前の「法学古典期」において、有力な法学者によって編み出された、個別事案の処理方法(具体的には、「訴権論」の展開)に対応する法学説のコレクションであったことです。ですから、これは、現代の「民法典」のような、包括的、一般的、論理的な作品とはまったく違う性質のものです。このように、これらの、ローマ法の最終的な成果が生まれた段階においても、結局のところ、人は、依然として、旧来の「訴権思考」の枠からは、抜け出ていないのです。

(4) 現代日本にあつては、人は、自身が「権利」だと考えているものを根拠にして、遠慮なく、裁判官に紛争事案を預け、判決形式で、それについての「裁断」を下して貰えます。極端な話ですが、人が弁護士に民事問題について法律相談に赴いたとき、その弁護士が、「そもそも、それは、訴訟の対象とはならない類の事案である」という感触を示しても、その相談者が独力で訴訟をやっていくことも、不可能というわけでは、ありません。ですから、とにかく、裁判官は、裁判の形式を踏んでトラブルを解決したいという人に、きちんと対応してくれるはずで、す。しかし、ローマでは、「訴権」の壁はかなり高く、よほどしつかりとした法的要素や背景が争訟事案に存在していないかぎり、法務官は、訴えを「門前払い」にしてしまいます。これが「訴権の拒絶」という、法務官の態度表明なのです。そのようなわけで、「訴権が法務官により認めて貰えるかどうか」というポイントが、法的トラブルを「お上」にアップルして、解決に導いて貰おうとする人にとって、最大の関心事であると言っても、過言ではないでしょう。ここでは、「入口規制」が、ことのほか厳しいのです。

ね。ところで、法務官は、まったく例外的にですが、訴訟になじむような、いわゆる「実体的な権利関係」が、背景にちゃんと存在していることは百も承知の上で、諸般の事情を慎重に考慮し、あえて、そういった権利のようなものを、「訴権」を行使することを通じて、具体化していく機会を、訴え手から奪ってしまうことも、あります。見る人によっては、これは「越権行為」でしょう。しかし、彼の処理が「道理」に適っていると人々に受け止められれば、それで決着します。法務官というのは、法の世界では、それほど「偉い」人物なのでした。

(5) 一般に、法務官は、自身の一年任期が終了する翌年以降に、選挙を通じて、ナンバー1政務官である「執政官」のポストを狙える位置にありますので、「世間受け」するような、政治的な行動を、各種の職務活動の中で取ることも、少なくなかったように、思われます。ときには、政治的な有力者が原告として登場してきたさい、彼に有利となるような結果が出るように、お膳立てをすることも、あったことでしょう。これが巧くいけば、来るべき執政官選挙で、彼が、自身のために、選挙支援をしてくれるかもしれません。さて、この法務官が、頭の軟らかい、「進歩的な」法学者と出会いますと、この人物の影響で、旧来の「訴権」の枠組を画期的に広げるような行動に出ることが、あったでしょう。まず、「訴権」を与えることにして、法廷の扉を訴え手に開いてやり、勝訴判決への道筋を付けてやるわけです。実際問題として、彼は、おそらく、「新種・新型の」訴権を付与する前に、それなりの事実調べも済ませているはずですから、訴訟に入れば、審判人の判断により、原告が勝訴の成果を手に入れる可能性は、かなり高かったことでしょう。

(6) このようにして、例えば、売買を巡る法的トラブルに対応する「売主訴権」や「買主訴権」など、それぞれに特別の名称を持った訴権が、次々に設定され、それが、制度として、固定化していきます。それは、もちろん、「法規」としての「格」など、持ち合せていないのですけれども、実質的には、それと同じ程度の「規範力」を具えています。これは、「市民法」に対するものとしての「名誉法」が事実上具えている「力」ですから、相当な存在感を示すものでした。「訴権」という概念は、「訴訟法」と「実体私法」という二つの領域にまたがる制度となったのですが、ここには、「訴訟法」がホンネで、「実体私法」がタテマエである、という位置関係が成り立つでしょう。法務官は、法学者の補佐の下に、既存の訴権に準じたかたちの「準訴権」を考案したり、ときには、さらに進んで、「訴え出た人の申し分がどのようなタイプの訴権にマッチするか」という、重要な「法律問題(タテマエ)」には手を触れずに、「原告の持ち出した事実関係が果たして真実を示しているか」という「事実問題(ホンネ)」に関する判断だけを判決担当の審判人に命ずることで、解決を図った

りすることも、あります。後者のケースは、かなりの「荒業」が発揮された場合ですね。法務官の個人的判断が、そのまま、アド・ホック(に)「法＝裁判規範」になっているからです。この辺りの状況を誇張して言い表してみますと、「私が法だ!」というわけです。このような行為は、法の運用に当たって大切な「法的安定性」を揺るがす事態を招きかねないものですが、彼の背後にいる法学者の学識や権威が重みを持っていることや、法務官の事案処理が一回的なものであり、将来的には、そのやりかたが、後任の法務官によって修正される余地も、十分にありましたから、さしあたり、それほど大げさなものと受け取られなかったのです。

(7) ここで、ローマの民事訴訟制度全体の歴史的な流れについて、少し、観察しておきましょう。最初に制度化された「法律訴訟」と並立するかたちで、「方式書訴訟手続」と名付けられるニュータイプが、登場してきます。それらの間の違いは、前者では、訴訟の軸として、「口頭形式」が厳密に要求されたのに対して、後者では、その代わりに、「訴訟要綱」としての「書式」が用いられたところに、あります。これらの裁判方式の中味については、次項以下で説明することに、いたします。法務官の訴訟管理の下で手続が進行する点と、私人である審判人が判決を出す点では、両者間に違いはありません。厳密な「言葉」よりも、自由な内容を盛り込める「書きもの」を利用する方が訴え手に親しみやすいものなので、第二の手続は「簡略型」というように理解しても、差し支えないでしょう。

これらの手続は、紀元前の共和政時代の産物なのですが、紀元後の元首政時代には、これらと並列的に、例外的な手続として、「特別審理手続」が生まれてきます。その最大の特徴は、現代の大陸法系の国家の民事裁判の場合と同じように、公人である裁判官が判決を下す点です。また、そのさい、判決する基準となるルール(法)が必ずしも固定的ではない関係で、法的な救済の範囲が広げられていったことにも、注目していく必要が、あるでしょう。そこでは、「訴権」は、伝統的な「硬質性」を失なって、自在に対応する能力を具えた「軟らか構造」のものへ変質していったはずです。この異質の審理手続は、当初は、正規の「方式書訴訟手続」の背後にある、例外的で、小さな存在にすぎませんでした。しかし、これは、合理性の点で優れたところを、いくつか持っていたために、しだいに正規のものに取って代るようになります。なお、方式書訴訟手続が、全国レベルで、ほぼ完全に用いられなくなったのは、これが歴史に登場してから約五〇〇年後の、後三世紀後半のころであったと、考えられています。「正規」と「例外」との「勢力争い」というものは、古今東西のどのような時代にあっても、常に見られる現象なのですが、とりわけ、ローマでは、それが長い時間を掛けて展開されるところに、特徴がありました。三つ目に登



場した、この「特別審理手続」が民事裁判の全域を支配するようになった段階で、ローマの民事裁判は、完成の域に達します。そして、これは、「西方のローマ」が消滅(滅亡)した後のヨーロッパ世界に生まれた、「教会法(カノン法)」上の訴訟手続と結びついて、一二世紀段階では、世俗法廷においても適用される訴訟手続にまで成長していきます。ここで、ローマ民事訴訟法は、新しい生命を得たのです。

### (三二) 法律訴訟

(1) 前七五三年に建国されたローマは、前四四九年に、最初の法典である「一二表法」を制定します。そこで、裁判形式によって民事的トラブルを合理的に解決するための道筋が、付けられました。それが、「法律訴訟(レーギス・アークティオー)」という制度です。一二表法にはさまざまな内容の規定が盛り込まれていますが、この「裁判の方式」のルールを法規として法典に盛ることが、この立法の最大の目的であったと、推測されます。この訴訟手続の意味を、ひとまず、先のラテン語の意味に即して、「法律(制定法=レークス)を基準とした訴訟」と理解して頂いてよいでしょうが、実質的な読みかたによるなら、「レークス」を「言明された、定型的な文言」を意味するものと受け取って、「口頭方式訴訟」と訳しておく手も、あります。こう読めば、「次世代型」の「方式書訴訟手続」との対比が、きれいに、できますね。前者では、「口頭で」手続が運用されていくのに対して、後者では、「方式書」という「書式」を軸にして、手続が進行していくからです。

その特徴は、いかにも古い時代のもので、古めかしくて、荘厳な「口頭方式」に則って、儀式的に、手続全体が実行されることにあります。ここには、宗教的な色合いが濃厚であったので、世間一般の人々には、近寄りがたく、また、使い勝手のあまりよくないところも、きっと、あったでしょう。その手の手続の代表は、「神聖賭金による法律訴訟」と名付けられているものです。「一二表法」の制定以前にも存在していたとも推測される、その手続の概要は、以下の通りです。

(2) 法務官の面前で、例えば、自身の所有する奴隷が、他人により、不当に占有されている状況下で、その奴隷を返還するよう占有者に求める原告は、棒を持ち、問題の奴隷を手で掴んで、「私はこの奴隷がローマ市民法によって私のものである」と主張しながら、奴隷の上にその棒を置きます(これは、実は、主人が自身の所有物である奴隷に対して懲戒権を行使するさいに用いられる道具なのです)。所有権者であると主張する原告に対して、異議を申し立てる被告は、同じような趣旨の言葉と動作で、それに対抗します。そこへ、裁判を指揮する役柄を持つ「法務官」が介入してきて、「君たちは、手を離せ」と命じ

ます。その後、原告は、「私は、あなたに、あなたがいかなる権利に依拠したのかを述べるよう、求める」と問い、被告は、「私は、棒を置いて、権利を行使した」と、応じます。そこで、原告は、「あなたは不法に所有権保有の主張をしたので、私は、五〇〇アースの神聖賭金を差し出して、あなたに挑む」と言い、被告も「私も、そうする」と、応じます。法務官は、このようなかたちの訴訟の枠組を確定する作業により、この「法廷手続」の設定を終え、訴訟の舞台から引き下がるのですが、そのさい、次の手続段階において、私人である一名の審判人に、そこで組み上げられた「枠組」に則って事実審理を行なった後に、原告勝訴か原告敗訴かの判定を判決のかたちで言い渡すよう、命じます。この舞台が「審判人手続」と名付けられるものです。このような「審理過程の二分割制」は、さまざまな理由によって特に採用されたものですが、法技術の観点からすれば、かなり高度の「知恵」が発揮されたことにより、編み上げられたシステム、ということになってくるでしょう。もっとも、この、二段構えの分担制の導入以前の時代には、政務官が民事裁判の「全過程」を掌握していた可能性は、あります。

法律訴訟には、その内容から見れば、「タテマエ」としての「争訟手続」と、「ホンネ」としての「執行手続」との二段階構造が、設けられています。つまり、前者は、被告に責任があるかどうか、という点を審査する手続で、そして、後者は、有責判決の内容を強制的に執行することを可能にする手続です。双方とも、法務官の管理の下で取り行なわれます。有責判決を受けた被告が、素直に「判決債務」を履行すれば、それで、事態は決着します。しかし、その判決の命ずることに従わず、履行をしない被告に対しては、国家の管理下で、最終的には、残酷にも、身体をターゲットにした強制執行が取り行なわれます。このような措置に道筋を付けるのが、後段の「執行手続」なのです。

(3) 次に、この訴訟手続のポイントを示してみましょう。

(a) 判決は、第一審で確定します。判決に対して不服を訴えるための上級審は、ありません。国家機関ではなくて、同輩市民(もっとも、判決を下す任務を持つ、一人の審判人は、国事全般に豊かな経験を持つ元老院議員の中から、両当事者の合意により選任されます)が裁きを付けたことが、そのような扱いの論拠の一つとなっていると、考えてよいでしょう。それに、この手の裁判には「神聖な」要素も絡んできていますから(神が裁きを付けるという「神判」の流れで、法律訴訟の姿を考えてみますと、どうしても、そのようになります)、審判人の判断にクレームを付けることがはばかれる、という要素も、あったかもしれません。ちなみに、ローマで最後に登場してきた「特別審理手続」では、公人である裁判官が下した判決に対して、「上訴」の道が開かれています。ここでは、裁判は完全に「世俗化」しているのですね。

(b) 有責判決それ自体には、強制執行力は認められていません。原告が勝訴の「果実」を手に入れるには、第二段階での新しい手続が、さらに必要です。被告への有責判決を獲得した、私人の原告に、全面的に強制執行を任せたりしますと、色々よろしくない事態が生ずるからでしょう。

(c) 「神聖賭金」の額は、係争物の価格が一〇〇〇アース以上の場合には、五〇〇アースで、そして、それより下の場合には、五〇アースです。法律制定当時の換算によれば、前者は、「五頭の牛」に、そして、後者は、「五頭の羊」に相応する額だったようです。そもそも、「神聖賭金」というものは、当事者双方が、それぞれ、対象物が「自身のものである」というようにして、所有権保有を主張する局面で、敗訴してした側が、結果的に「神」の前で嘘を付いてしまったことへの「償い」として、神(つまり「お上」)に捧げられるもの、という理解になっていたでしょう(一方、勝訴した側は、その神聖賭金を返して貰えます)。相当額の賭金を「お上」に差し出すことの負担は、訴え手にとって大きな経済的負担になりますから、この手の訴訟を利用するということとは、貧しい人にとっては、「雲の上の世界」の出来事だったかもしれませんね。

### (三三) 方式書

(1) 一〇〇〇年以上も掛けて、「法」を独立の社会規範の地位にまで高め、古代の国家にしては珍しく、第一級の「法の国」にまで成長したローマは、共和政の中頃に登場してきた「法学者」の手によって次々に生み出された無数の「法技術」を、法制度の中に、埋め込んでいった国家です。合理性に溢れたその技術には、「普遍性」がありまして、その一部は、はるか後代のヨーロッパ大陸の国々へと受け継がれ、現代日本の民法にも辿りついています。さて、本項のテーマである「方式書」というものは、ローマ独自の産物で、「歴史的遺産」と言うべきものですが、これは、ローマ人が開発した最高の「技術作品」と見てよいでしょう。これを媒体にして、ローマ法が、しなやかに、豊かな展開を見せたからです。

(2) 「方式書」というのは、先に少し触れた、ローマ第二の民事訴訟手続である「方式書訴訟手続」の中核要素となる「書式」でして、訴訟の第一段階である「法廷手続」が終了した後に、第二段階である「審判人手続」で事実審理を行なう責務を負っている審判人に法務官から渡される「訴訟要綱(訴訟プログラム)」のようなものです。審判人は、そこに示された「訴訟枠組」の範囲内でしか、動けません。第二段階である「審判人手続」の局面では、法務官はもはや在席していませんから、これが、審判人にとっては、唯一の頼りになるの

ですね。そのために、方式書は、審判人が理解しやすく、対応が容易になるように、単純・明確・簡潔に起草されていなければなりません。

この方式書は、ローマ私法の展開に最大のインパクトを与えたものですが、これを考案した人物は、ほとんどの場合、法学者で、そして、それを裁判現場において活用したのは、法務官です。見かたによっては、この手続スタイルは、共和政を彩る制度の一つということに、なってきます。この点は、「特別審理手続」が帝政を象徴する手続であったことと対比した場合に、見えてくることですね。

(3) 次に、「方式書」なるものの一例を示しておきましょう。「ティティウスは審判人となれ(これは、「審判人指名」の部分で、現実の訴訟では、ここに、担当審判人の名前が書き込まれます)。アウルス・アゲリウス(これは、「原告」を意味する言葉で、ここに、原告の氏名が書き込まれます)が、ヌメリウス・ネギディウス(これは、「被告」を意味する言葉で、ここに、被告の氏名が書き込まれます)から奴隷を購入したので(これは、「請求原因の表示=要件事実の記述」の部分です)、そのために、ヌメリウス・ネギディウスがアウルス・アゲリウスに信義誠実に基づいて与えなすことを要するものは何であれ(これは、「請求の表示=請求内容の一般的な表示」の部分です)、審判人よ、ヌメリウス・ネギディウスがアウルス・アゲリウスに責あるものと判決せよ。もし明らかでない場合には、免訴せよ(これは、「判決権限の付与」の部分です)」

(4) 原告は、勝訴の結果を手に入れるには、例えば、奴隷を獲得するために締結される売買契約が市民法上有効に成立した、というポイントと、被告が売買目的物である奴隷を引き渡すという債務をまだ履行していない、というポイントについて、自身の主張を支える証拠を審判人に提示して、自身に有利な判断が得られるよう、努力していかなければなりません。それから、「与えなすことを要する」という条項は、「市民法の規定に則って要求できる状態にある」という、法的に重要なことを指し示しています。ここは裁判における判断基準(規範)を明示している部分ですが、「信義誠実に基づいて」という言葉が、一般的で、不確定で、融通の利く内容を持つことができる性質を利用して、「信義誠実」という概念が包摂するフィールドを個々の順次広げていく実績が、実務的に積み上げられ、それを受けて、各事案を担当する審判人が、自身の裁量で、各種の付帯状況について考慮をしていく余地も、生まれてきました。その結果、例えば、審判人が、訴訟の目的物の価格相当分以上の額の金銭賠償を命ずることも、できるようになります。つまり、先の告示の「条項」は、時代の要求に対応できるような、「合理的」で、リーズナブルな「受け皿」となったのです。

(5) 歴代の法務官たちが訴訟現場で作り出してきた「方式書」のリストは、毎年、その年担当の法務官の手で、広場に公示されます。市民は、それを見て(ときには、その内容について、法学者から個人的に教えも受けて)、どうすれば法が裁判のさいに利用可能になるかについて、それなりに予備知識を得ることができます。ローマには民事関係の制定法はそれほど多くなかったのですが、その「法律」の文言が示すものよりも、具体的で、リアルな内容の方式書の方が、市民には理解されやすかったことでしょう。それから、重要なことですが、法務官は、任期の初めに「方式書」を世間に示す以外に、具体的な事案を処理する裁判現場で、アド・ホック(に)新しいタイプの方式書を作成して、審判人に渡すことも、あります。これは、実を言えば、既存の「法」を現場で勝手に変更したり創設したりすることなのですが、そういったときには、法の素人の法務官は、まちがいなく、法学者の助言をベースにして動いていますので、それほどひどい結果にはなっていないわけです。この辺りの状況を現代風の言葉で表現しますと、「方式書の支配する世界は、判例法が取り仕切る世界のようなものである」ということになりますか。

#### (三四) 身体執行

(1) 現代日本の法制においては、債務者が債務をきちんと履行できなかったとき、「自己破産(債務者が進んで申し立てるタイプの破産)」の手続を利用することにより、それなりに、彼が「債務地獄」から逃れる道が用意されているのですが(現代日本の「消費者金融」の場で、「消費者金融破産」がしばしば発生することは、すでに十分御存じのところでしょう)、古今東西の世界の国々では、古くは、債務を履行できない債務者への責任追及は、債務者の身体を直接にターゲットとするところにまで及んでいました。表題の「身体執行」という概念は、そのことと関係します。

(2) ローマ人の祖先は、ヨーロッパ大陸の東の方面から、集団で、西方へと大移動をしてきて、おそらく前一〇〇〇年頃に、アルプスを越えて、イタリア半島にまで辿りついた人々(イータリキー)です。彼らの一部が中部イタリアの西部地域に建国した、ローマという国が、前七五三年に、「王政」の国家として、ようやく歴史の表舞台に登場したころ、東方の、ギリシアの都市国家・アテーナイは、すでにローマに先行する歴史を誇る国家として、存立していました。歴史上有名な「民主政」が前四六二年に確立されるよりも、はるか以前の前五九四年に、政治的大混乱を打開するために、賢人として世に名高い「ソロン」という人物が、「調停者」という国家最高のポストに就任します。彼が、自らに特別に付与された大権を行使して、債務負担に苦しむ農民を「債務地獄」

から救うために、「重荷おろし（債務の帳消し）」を敢行したことが、伝えられています。その内容とされているのは、大体のところ、以下の通りです。

農民が貴族などから借金をするさい、自身所有の土地に、公示性のある「抵当標」というものが立てられます（これは、現代において、「抵当権」が設定されるさいに、「登記簿」への記載が求められるだけなのに比べると、格段に目立つ、露骨で、厳しい措置ですね）。このように、アテナイの「法事情」には、妙に「先進的な」ところがあります。さて、伝えられるところによれば、債務が一定の額を超えた場合には、債務者が、土地から得られる収穫の「六分の一」を、「利息」として、貸主に支払わなければなりません。利息を含めた借金債務の返済ができなくなった債務者は、家族もろとも、奴隷身分に落とされる、という残酷なしきたりが、あったようです。ソローンは、貴族と平民の間の「身分対立」を和らげる措置の一つとして、債務に苦しむ平民から、「債務支払」という「重荷」をおろしてやることにより、本来は同等であるはずの市民が、奴隷という、物同然の存在に陥るという、不幸な事態を食い止めました。ローマでは、このような性質の法改革や社会改革は、法律の制定などの方法で行なわれるのが普通ですけれども、アテナイでは、なぜか判りませんが、優れた人物にその任務を「丸投げ」するやりかたがあったようです。これら二つの国で、違った「改革システム」が存在するのは、興味深い現象ですね。

（３）古今東西のどのような国においても、現場で物の遣り取りを完了してしまう、といったストレートで簡略なやりかたを取る以外に、将来においてなんらかの法的行動をすることを約束する、という「時間軸」を持つ人間関係を作り出すことができるようになっていきます。例えば、人が、ある物を購入することにしますが、その代金の支払は先延ばしにし、代金支払の債務が契約によって明記される場合が、それです。そこで、もしその債務が適時に履行されなければ、債権者が自力で債権の回収を試みるのが、最初の段階でしょう。しかし、そういった「自力救済」が横行しますと、社会秩序が乱れます。「強者」が「弱者」に対して冷酷な取り立て行動に出ることも、少なくなかったからです。そこで、国家は、「しきたり」とか「法」とかに則って取り行なわれる「裁判」というシステムを設けて、「債務者救済」を、スムーズに、また、平和的に、行なっていくやりかたを、考案しました。本題の「身体執行」というのは、言ってみれば、「身体(人体)」で責任を取らせることでして、「財産執行」で留めるよりもはるかに過酷な責任の取らせかたなのですが、とにかく、それが制度化されたところに、大きな進展があったと見て、差し支えないでしょう。

（４）ローマでは、共和政時代の初期に当たる前四四九年に「一二表法」が制定されたのですが、そこには、「身体執行」関係の明確なルールが、法規定の中に置かれています。早い時期にこの法(法典)が成立した背景には、貴族の圧

政の下で苦しんでいた「平民」が、貴族側に、「新発想の」法を設けるのではなくて、祖先伝来の慣習を法規化することを強く求めて、貴族に立法を迫ったという、政治的な要因があります。彼らにしてみれば、新設の「法律訴訟」の枠組の中で、少なくとも、「身体執行」が法規に則って粛々と実行されることを、法規が保障してくれるところに、メリットが存在します。国家は、「有責の確定」と併せて、「民事的執行ルールの設定」を行ないました。これはとても賢明なやりかたですね。

(5) 「執行」の流れは、以下のようになっています。法廷を指揮する法務官は、有責が確定したにもかかわらず、三〇日間も債務を弁済しないままにいる被告(債務者)の身柄を、訴訟の第二段に当たる「執行手続」において、すでに、第一段に当たる「争訟手続」において勝訴している原告(債権者)の手に渡してしまいます。この者は、債務者を六〇日間自身の支配下に置くことができるのですが、その期限が経過すれば、町に三日連続して市(マーケット)が立つ日に、債務者を法務官の許に連れていき、そこに、債務者が負っている債務の額を公示させて貰います。こうすれば、身内の誰かが、債務者の窮状を知って、代わりに債務を支払って、その者の請戻しをしてくれるかもしれないからです。しかし、それが巧くいかないときには、債権者は、債務者を、殺害するなり、奴隷として市外に売り飛ばすなり、好きにできます。その「殺害処分」について、「一二表法」に興味深い規定が、あります。債権者が複数存在しているときには、理論的には、その死体は、債権者の間で、その債権の割合額に正確に対応するかたちで切り分けられるのが、一つの「筋」でしょうが、その規定には、「各人が相当部分よりも、多く、あるいは少なく分割してしまっても、不法はない」といった趣旨のことが記されているからです。「死体を切り分ける」などというのは、「おぞましい」所業なのですが、そこには、宗教的な意味合いもあったのではないかと、推測されています。

(6) ところで、「法律訴訟」の「争訟手続」と「執行手続」が連続的に流れていくのではなくて、それらの間に、ワンクッションを置いておく、というやりかたが採られているところに、ローマ人の知恵も、垣間見えるのではないのでしょうか。この「知恵」は、広い意味における「法技術」の結晶でしょう。これは、社会的弱者の保護にも、役立ちますね。債務者が時間を稼げれば、場合によっては、よい知恵が浮かんでくるかもしれないからです。

(7) 法規によって制度化された「身体執行」の過酷さに対しては、債務返済に苦しむ平民層からは、当然のことながら、不満の声が上がります。戦術の転換により戦闘の最前線で貴族と肩を並べながら白兵戦を行なうようになった平民が、「戦争の国」ローマで政治的発言力を増したことも関係して、一二表法の定める、債務不履行者の「殺害ないしは奴隷化」のルールは、やがて、平

民に有利なかたちで、修正されます。つまり、債務不履行者は、奴隷という「物」へと陥落するのではなくて、「自由人市民」としてのステイタスを保持したまま、債権者の許で働き、その働きにより債務を返済することができる、という扱いに、変わったのです。これは、前三二六年頃に制定された「ポエテリウス法」によって、ようやく定着した改革です。ここに到達するまでには、一〇〇年以上の年月の経過が、必要でした。タテマエ論(制度論)からすると、この「債務奴隷制」の姿は、「人に優しい、ヒューマンな処置」というように見られるでしょう。しかし、ホンネ論(現実論)からすれば、これは、奴隷になってしまった場合の状態とは、それほど違わないかもしれません。債権者の許で、相当な期間、酷使され続けるその「債務奴隷」の人生は、まちががなく、辛いものであったからです。タテマエとホンネのギャップなど、あまり気にしないローマ人の許では、債務不履行者の処遇問題に関しては、これで、「一件落着」ということになりました。

### (三五) 特示命令と占有

(1) まず、「特示命令」という、特殊な意味合いと機能を持つシステムについて、簡単に説明しておかなければなりません。これは、「所有権」(いわば、タテマエ)に対置される「占有(いわば、ホンネ)」を保護する機能を具えた特別の手段として、所有権を保護するための制度である「訴権」にもときには張り合えるような、凄い力も、具えています。それだけではなく、法務官が、「特示命令」の発布という、行政的・警察的な処理をしてくれれば、既存の法や法規による救済の枠外にある事案についても、救済がなされる可能性が、生まれてくるのです。「現場主義者」ローマ人の技術力が遺憾なく発揮される場面が、ここにありますね。

「特示命令」の文言は、以下の三タイプのもので、「私は、暴力が行使されることを禁止する」と、「君は返還するよう」と、「君は提示するよう」が、それです。このような「行政命令」が法務官から発せられますと、たいていの場合、関係者は、「お上」の裁定に素直に服して、それで、「占有トラブル」は、ひとまず決着するでしょう。もっとも、その措置に不満な側には、「訴訟」という正式のルート(タテマエ)に事案の審理を託す道も、ちゃんと開かれています。

(2) ここで、表題に見える「占有」という言葉＝概念について御説明しておきます。私たちの日常用語では、「所有する」という言葉と、「占有する」という言葉は、おそらく、区別して用いられることはないでしょう。「持つ」という即物的な表現が、これらの、理論上は対立的な位置にある両概念を包み込むようにして、広く使われているからです。しかし、完成期のローマ法では、



「タテマエ(法的存在)」としての「所有権」と、「ホンネ(事後的存在)」としての「占有」とが、明確に区別されるように、なっていました。もっとも、四世紀以降から始まった、ローマの国力低下によって、精緻な論理を誇っていた「古典法」が存在感を失なってしまい、いわゆる「卑俗法(水準の低下した法)」のはびこる時代へと移行しますと、「所有」と「占有」の理論的区別など、世間では理解されなくなり、「目に見える」占有の方が、まず、物の保有形態として重んじられることになります。普通は、これで、高度の文化的遺産であった「ローマ法」の命運は尽きるのですけれども、しかし、東ローマ帝国の「懐古趣味に溢れた、中興の英主」として名高いユスティニアヌス帝は、三〇〇年以上も前の「古典法」を復活させるために、優秀な法学者に、その時期の法学説の総体のエッセンスのようなものを、「学説彙纂」という、五〇巻編成の超大作の形態で、そのまま、法規に仕立て上げさせました。その中には、「所有」と「占有」の区別が、堂々と復活しています。もっとも、これは、表面的な(タテマエ的な)出来事として、現実には(ホンネでは)、その法規の構え通りの法運用が全国レベルで確立されるまでには至っていない可能性も、大いにあります。

ちなみに、現代の私たちは、実は、本格的な歴史的法資料としては、この「ユスティニアヌスの法典」という「法作品」しか持ち合わせていませんので(もちろん、その例外も、少しはあります)、結局のところ、私たち現代の「ローマ法研究者(ロマニスト)」の歴史研究上の議論は、ほとんど、「古典法」が完成した、ローマ法の「黄金期」について、行なわれるだけです。そのように考えれば、その歴史的所産は、単なる「歴史研究」の素材としての地位にしかありませんが、しかし、後代において、歴史上かなり特異な「ローマ法継受」の現象がヨーロッパ各地で生じたおかげで、「古代ローマ法」は、ある意味では、それぞれの時代の「現代ローマ法」として、部分的にはありますが、見事に「再生」しました。

ところで、私たち日本の「ローマ法学者」(その人数は、現在、全国レベルで、二〇ほどにしかありませんが)は、ローマ法の叡智を受け継いだ「大陸法」の流れに属する近代日本の「法制」の下で、「御先祖」である「古代ローマ法」の本質＝正体を明らかにする「歴史的な」仕事に取り組んでいます。

(3) それでは、本論の「占有論」に入りましょう。まず、「占有する人」というのは、ある物を、「自身の物」という意識の下に、事実上「支配」している人物のことです。「盗人」は、もちろん「所有者(所有権者)」ではありません。しかし、堂々たる「盗品の占有者」です。このような人物でも、社会の平和や秩序をとりあえず保つために、法的に保護しておくスタイルが、国家によって、採られているからです。これは何やら「不条理な」扱いかもしれません

が、そのような扱いにする方が、簡明だからでしょう。それに、私たちは、比較的気楽に、「彼は盗人だ！」と決め付けることがよくありますが、言われるところの「窃盗」を巡っては、現実問題として、微妙な状況が背景に色々と存在している関係で、訴訟で決着を付けなければならないケースも、少なくありません。つまり、厳密に言えば、裁判の判決が出てくるまでは、人を「盗人」と扱うことはできないのです(もちろん、本人が犯行を素直に認めていれば、話は別になりますが)。結局のところ、「占有保護」の制度は、「タテマエ(法的権原)」ではなくて、「ホンネ(支配の現実)」に眼を向けるものとなっています。この辺りの事情について別の表現を試みますと、「静的安全(タテマエ)」よりも、「動的安全(ホンネ)」に重きを置く姿が見られる、ということにもなりますか。モダンな発想も、ここにはありますね。

(4) 専門的な話になってしまうのですが、「物を占有している状態にある人」が、すべて、「占有者」というわけでは、ありません。「自身のも物と思って(つまり、自主占有の意思を持って)」物を支配下に置いていることが、占有成立の必須要件ですから、賃借人や使用貸借の借主などは、自らが保持している物を返還するという「義務」を認識している関係で、「他主占有者」でして、技術的な表現を用いますと、単なる「所持人」です。

(5) 古今東西、どのような国家においても、日常生活の場で、かならずしも、「所有」か「占有」かの区別もないままに、「物の保持」に関しては、トラブルが絶えません。ローマでは、所有権が侵害された場合には、被害者が、「最強の請求権」と言われる「所有物返還請求訴権」を駆使できることが、制度上保証されています。その一方で、占有者が「占有権」を保有する、という理論構成は、ストレートには採られず、占有は単なる「事実状態」ということなので、ただの占有者には、「権利」に対応する「訴権」のような、立派な道具は、用意されていません。それでも、平和的な占有状態がやたらに侵害され、腕力の強い者がのさばるような事態は、国家にとって見すごすことができない関係で、何よりも社会の法的平和を確保しておくために、占有が侵害されたとして、被害者からの救援アップールがあれば、「お上(法務官)」が直ちに乗り出してきて、「特示命令」の発布により、目前の対立に、ともかく、ピリオドを打ちます。法務官は、政治的高権である「命令権(職権)」を駆使して、事実の調査や吟味をやっていきますので、その「特示命令」の「権威」は、一私人にすぎない審判人の判決よりも、実質的には、位が上だったでしょう。現代日本において、「政治」や「行政(例えば、警察)」が、どれほど頑張っても「司法」には勝てないのとは、事情が違います。法務官の後ろには法学者が控えていますから、「法の素人」である法務官でも、理に適った、紛争処理ができるところが、合理的な要素ですね。

ところで、所有権をちゃんと保有しているつもり的人物は、かなりの場合、物を「占有している」状態にあるのですが、所有権保有問題に関して自身が提示できる証拠に弱いところがあって、彼が、その問題を巡る訴訟の局面で勝訴することに自信が持てない場合、とりあえず、「占有」のルートで保護して貰う手を使っておくことも、ないわけではないでしょう。何と言っても、「事実支配」というポイントの証明は、それほど難しくはないからです。

法務官が、その裁判管理の現場で生み出した法規範は、「名誉法」と名付けられ、正規の法規範である「市民法」と対比されます。問題の「特示命令」も、広い意味における「名誉法」に含まれると、見ることもできます。

(6) 最後になりましたが、ローマにおいて、「占有」なるものが、どのようにして、所有権に対峙するだけのパワーとステイタスを獲得するにいたったのか、という点について、少し御説明しておかなければなりません。以下に、性質の異なった背景を持つ、二つの「由来」に注目してみましょう。

その第一は、ローマ古来の習俗(端的に表現すれば、それなりに長い間、物をしっかりと握りしめている人は、それが本来は誰か他人のものであったとしても、その時間の経過それだけによって、その物の「主＝保有者」と社会的に認定される、という「しきたり」)が、「占有」に特別の意味を与えることになった、というポイントです。ローマ人は、「タテマエ」としての「所有権」を最後の拠りどころとしながらも、日常生活の場で、「ホンネ」としての「占有＝占有状態」を物の「保有形式」の一種と受け取って、これにそれなりの「価値」を見出していたのかもしれませんが。何と言っても、「物を実効支配の中で保持する」という構造は、リアルで、明快で、「存在感」のあるものだからです。

例の「一二表法」には、「土地の使用担保は二年で、その他のもののそれは一年であれ(つまり、これは、結果的には、土地を二年間、他の対象を一年間、中断のないまま、自身の占有の中に持ち続けた実績を保有する者は、それ以前の所有権取得の過程からは独立した所有権を取得できることを、意味します)」という規定がありますが、これは、先に示したような習俗ないしは慣習・慣行を整理して、このように、「一年」とか「二年」とかの「超短期系の数」を、法規定に刻み込んだものではないでしょうか。現代人なら、これら二つのタイプの期間設定の間に、もう少し幅を持たせるでしょうが、何やら「気の短い」ところもあるローマ人は、「権利関係に決着を付けるなら、早いに越したことはない」と、達観していたかもしれませんね。いずれにしましても、この手の占有は、ローマの歴史的事情を背景に、「市民法上の占有」として、堂々たる風格を具えるものと、なっています。

その第二は、ローマ特有の、「政治絡み」の背景です。ローマが、「京阪奈」地域よりも少し狭いゾーンに広がっている、中部イタリアの「ラティウム」と

いう地域へと支配の手を延ばして、戦勝により切り取ることに成功した、他国の領土を、どのように管理していくかは、重大な政治問題です。そのさい色々なパターンが考案されていたことでしょう。比較的穏当なものとして、征服によって獲得された敵地の三分の一程度を奪い取り、これらをローマの「公有地(国有地)」という位置付けにする、という手法が、存在しました。もちろん、その新規獲得地を私人の所有物にする手も、ありますが、その配分事業には恐ろしいほどの手間がかかるだけでなく、お決まりの「土地争奪戦(例えば、貴族と平民間のもの)」が繰り広げられることは必至ですから、当局は、そこまで踏み込めませんでした。そのようなわけで、当局は、とりあえず、とりわけリッチな上層部の人々に、その公有地を自由に利用させる(つまり、「占有」させる)やりかたを、採用します。そこでは、相当な規模で農業経営を営むケースが、多く見られます。問題の土地の保有や利用を巡っては、各占有地相互間の境界争いや、ローマ市民が保有するようになった私有地などとの間の土地利用トラブルや、現地人(戦いに敗れた国の市民がすべて奴隷になってしまう、というような極端な扱いにはなりませんので、彼らにも、それなりに主体的な地位が、ローマによって認められているのです)との間の土地利用トラブルなどが頻発するのが習わしなのですが、そういったとき、ともかく「占有形式の土地利用」に関する「法秩序＝政治秩序」を安定させるために、「司法」担当の政務官である法務官が介入することに、なりました。占有絡みの紛争の当事者には「所有権」などありませんから(国家がそれを保有しています)、彼らが頼りにできるのは、「権利」ではなくて、「占有を確保している」という「事実状態」の持っている「力＝実績」だけです。法務官は、紛争を解決して貰うためにやってきた両当事者を前にして、職権で、「特示命令」を発布することにより、争いに素早く決着を付けるのです。

(7) 以上の話は「公有地(不動産)」が対象となっている場合に関係することですが、それでも、「頭の軟らかい」ローマ人は、それとはジャンルの異なる「私有地」や「動産」に、「特示命令」を駆使する方式の適用範囲を広げていくことを容認するところまで、事態を進めていきました。ここには、「拡大型」の、高度の法技術が駆使されています。

### (三六) 悪意の訴権

(1) まず、法の世界で、「悪意」という言葉が、日本語の日常的な意味とは違った意味を持っている点を、指摘しておきましょう。その一つは、「善意」が、「事情を知らない」ことを指すものとし、「悪意」が、「事情を知っている」ことを指すものとする用法が、あることです。つまり、そこには、通常の意味における「善意」という言葉が持っているほどの、「重い」ニュアンスな

ど、ないのです。もう一つは、「過失」があった場合よりも強く法的な非難の対象となる「悪意(故意)」を指す、「重い」ニュアンスの用法があることです。本題の「悪意の訴権」は、後者の用例の一つでして、「意識して行なわれる、信義違反の所業」や「詐欺行為」があったときに発動される訴権です。これは、正規の「不法行為」用の訴権ではなくて、その枠外で、法務官が特に編み出した「優れもの」の訴権です。

(2) この新訴権は、共和政も末期の前六八年に、法学者であったアクィーリウスという人物が、おそらく法務官のポストにあるときに、考案したものと推測されます。この訴権が運用される場で用いられた「方式書」の趣旨は、大体のところ、以下の通りです、

「悪意により何らかのことが行なわれたと主張された場合には、これに関して他に訴権が存在せず、かつ、請求に正当な原因があると見られるときには、訴えが可能なときより一年以内のことであれば、私(法務官)は訴権を付与するものとする」が、これです。敗訴した被告は「一倍額」の罰金支払をしなければなりません。

(3) 「悪意の訴権」の開発によって、「違法な行為」一般への法的対応がきめ細かになりました。かたちの上では、この訴権は、あくまでも「補充的な」ものですが、これが用意されていることによって、市民の安心感が得られたことでしょう。ここには、相当なレベルの法技術が発揮されていますね。

### (三七) 悪意の抗弁

(1) 「抗弁」というのは、「例外条項」を意味する、難解な、訴訟法上の用語でして、いかにもローマ的な制度の一つです。「悪意の抗弁」は、法務官の手で、審判人への指示である、訴訟要綱としての「方式書」の中に、「抗弁」という特別の文言を組み込むことによって、初めて、成り立つものです。その意味で、先の「悪意の訴権」が、「提訴」のかたちを取った「アクティヴな」性質を示すものであるのに対して、この「悪意の抗弁」は、訴訟内部で「受けて立つ」という、「パッシヴ」な性質を示すものとなっていますね。これらの方法のどちらかを用いて、被害者側は、悪意(故意)による行為全般への対抗策を、効果的に取ることができるようになったのです。

(2) 「方式書」の中に記されている、問題の「抗弁」の文言は、「もしそのことにおいて、アウルス・アゲリウス(これは、「原告」を指す言葉で、ここに、原告の氏名が書き込まれます)の悪意によって何らなされたこともなく、また、なされもしない場合には」です。

まず、「なされたこともなく」という規定の部分は、訴訟が成立する以前の段階における、原告の、悪意のある行動に、関係します。例えば、被告が原告

の詐欺行為によって契約を締結させられてしまったケースが、それです。それから、後者の「なされもしない」という規定の部分は、訴訟段階における、原告の、悪意のある行動に、関係します。例えば、ある人物が、「無方式の」債務免除契約をいったん実行しておきながら、それを無視し、あえて訴えを提起して、債務の履行を迫る、というケースが、それです。

(3) ローマ法の初期の段階において、最も重要な法律行為の一つは、「問答契約」です。これは、定型的な「問い」と「答え」を連続的に発することによって成立する、古式ゆかしい手続です。ここでは、「問答」のかたちで表明された、契約当事者の「意思表示」に厳格な解釈が施されるなど、「形式規制」が強く掛かってきますので、判決を下す任務を法務官から与えられた審判人は、例えば、問題の契約の背景に、被告側に有利に働くと見られる、法的な効力の弱い「無方式の合意」や「付随的な義務」が存在している点を、事実審理の過程で、知るようになって、その事情をストレートに判決に反映させていくことは、できません。そういったとき、「悪意の抗弁」という、「有責判決を生じさせることの除外」を手続上可能にする「条項」が、必要に応じて、法務官の手で組み入れられていれば、これを頼りに、法務官が被告に有責判決を回避させてやることも、可能になります。「問答契約」は「厳正法上の債務関係」と位置付けられていて、ここには自由な解釈の余地はまったくありませんから、このような特別の措置が、必要となってくるのです。このタイプの契約を使い勝手のよいものにしようと思えば、その契約文言の中に特別な条項をわざわざ入れておくしか、よい手はありません。

(4) その一方で、例えば、「売買」を筆頭とする「諾成契約」にあつては、方式書の中に、本来的に、「信義誠実に基づいて」という「一般的な」内容を持つ条項が組み込まれていますから、別に「悪意の抗弁」条項などの「特記事項」の御世話にならなくても、審判人は、先の条項を頼りに、契約当時の状況や、取引の慣行や、また、詐欺・強迫の存在など、諸般の事情を自由に考慮して、判決に反映させていくことが、できます。

(5) ここで、御参考までに、「抗弁論」の話題を拓けて、「悪意の抗弁」よりもはるかに重要な「売却されて引き渡された物の抗弁」というものについて、付言しておきましょう。

ローマ法上、「物の分類」として、「手中物(イタリアの土地、大型家畜、役権)」と「非手中物(それ以外のもの)」の区分が、設けられています。前者は、社会的に重要な物なので、「握取行為」もしくは「法廷譲渡」という、格式ばった法律行為(タテマエ)を経由しないかぎり、その所有権の正式な譲渡は成立しません。一方、後者の「非手中物」は、形式規制には無縁な、単なる「引き渡し」という日常的な行為(ホンネ)によっても、譲渡可能です。さて、ある人

物が、問題の「手中物」を「握取行為」もしくは「法廷譲渡」を経由せずに、単なる「引き渡し」という簡易型の譲渡方式により譲渡しておきながら、後になって、何らかの事情により、「引き渡しだけでは、正規の所有権は移転しない」という「正式なルール(タテマエ)」を楯に取り、自身の、正規の「所有権」の保有に基づいて、譲渡物の返還を訴訟で請求してきたときに、法務官は、「売却されて、引き渡された」物の「抗弁」を、原告の主張を潰してしまう目的で、方式書の中にわざわざ差し入れておきます。そうしておけば、審判人が、「売却」と「引き渡し」という事実の存在を証拠によって確認さえすれば、被告(買い受け人)に有利な判決が導き出されてくるでしょう。

「引き渡し」という、簡易タイプの物権移転方式が定着しますと、古めかしくて、手間の掛かる「握取行為」や「法廷譲渡」の利用は、廃れてしまいます。即物的で、リアルで、明快で、簡易な、「引き渡し」という移転方式の方が、目に見えるかたちなので、愛用されたのです。正式の手続を踏むことなしに、略式で目的物を手中に収めている人物は、さすがに、「所有権を持つ」とまでは、言えませんが、それでも、「そのものを自身の財産の中に持つ」といった、柔らかい表現で、「権利所有」というニュアンスが大まかに言い表わされることになっています。ここをもう少し硬い言い回しに変えますと、この権利は、「法務官法(名誉法的一种)上の所有権」ということになりますね。

### (三八) 特別審理手続

(1) 「特別審理手続」というのは、正規の訴訟手続(通常手続)に対置される手続のことです。「特別な」という形容詞が付いている理由の一つは、ここでは、その正規のものの場合とは違い、「私人審判人」ではなくて、公人である「裁判官」が判決を下す仕組が存在している点に力点を置いて考えると、あります(大陸法系に属する日本の民事訴訟では、もちろん、後者の方式は、「正規」のものとなっています)。

(2) 常識的な見方をすれば、前者が「タテマエ(原則的な存在)」で、後者が「ホンネ(例外的な存在)」という位置関係が、ここに成立するでしょう。一方で、「特別審理手続」は、その実質的な性質に着目した上で表現すれば、「職権審理手続」ということに、なります。先に取り上げた「法律訴訟」と、その後継形態である「方式書訴訟手続」は、「法廷手続」の段階において、法務官によって体现される「公」の要素と、「審判人手続」における、民間人である審判人で代表される「民」の要素とが、協同するかたちで、手続が進められていきますが、この「特別審理手続」では、裁判官という、「公」のパーソナリティーが訴訟全体を取り仕切ります。時代的に見れば、前の二つの手続が紀元前の共和政時代のありかたを代表する存在であるのに対して、最後の手続は、

帝政を代表するものです。現代の世界の民事訴訟手続は、「帝政の論理」に依拠するのではなくて、言ってみれば、「デモクラティックな発想」を基本に置いた上で、古代ローマの「特別審理手続」のありかたの流れを引き継ぐシステムに属する位置にあるものと、見ておいてよいでしょう。

(3) 特別審理手続は、長い時間を掛けて、自然に形成されてきたものなので、当初から、理路整然とした、確定的なルールによって運用されてきたわけではありませんが、以下に、その特徴を、かいつまんで、示しておきましょう。

(a) 皇帝(元首) 個人の意向・意欲が民事訴訟手続全体を支配しています。ここには、本質的に、「流動性」が存在していきまして、彼は、時代の動きに合わせて、その時々には合理的なスタイルを打ち出していくことも、できます。彼が「法的正義」に適った動きや司法政策を取ってくれば、申し分ないのですが、そうでないときには、マイナス面が露骨に浮上してきますね。しかし、司法全般の改革に熱心な皇帝(元首)の動きを、側近の法学者がバックアップするのが通例でしたから、その運用に当たっては、それなりの節度が、保たれていたはずです。

(b) 帝政初期には、知的集団としての法学者が健在だったので、ローマが「権威の国」である以上、皇帝は、彼らの「権威」を重んじる姿勢をかなり強く示していたことでしょう。つまり、皇帝は、実質的には、彼らの助言に基づいて動いていたのです。また、帝政が組織化されるにつれて、もはや「在野の」私人としてではなく、司法官僚のポストに就くようになった法学者も、登場してきます。彼らは、その日常の公的な活動の中で、民事裁判全体に合理性と安定性を植え付けました。

(c) この手続は、当初は、例外的、個別的に現われてきたものですから、きちんと制度化されていたわけでは、ありません。「アド・ホック型」の軟らかい手続だったのです。この要素は、先代の民事訴訟手続である「方式書訴訟手続」が、古来の「法律訴訟」の背後に登場してくるさいにも見られる要素ですね。言ってみれば、こういった「複線方式」の「ローマン・スタイル」が、帝政時代にも健在だったのです。

(d) 共和政ローマでは、正規の「市民法」や、その修正物としての「名誉法」や「万民法」が、次々に生み出されてきて、広い意味での「司法規範」が確立されていたのですが、帝政時代においては、皇帝(元首) 個人が、そのイニシアティブを発揮して、随時発布する、各タイプの「勅法」が、特別審理手続が利用されるさいの「準拠法」として、新たに登場してきます。ここでは、従来型の「司法規範」を改良・修正するという、重要な任務が、果たされました。皇帝(元首) の権力がその任務の背景にありますから、共和政時代における、「官」



の法務官や「民」の法学者の「改良・修正」の動きとは比べものにならないほどの「改革力」が、皇帝やその配下の動きに備わっていました。

(e) 特別審理手続では、裁判官が、強制力を駆使して、手続全体を管理下に置き、判決を下し、執行までも行なう地位を保有していることが、制度面での最大の特徴となっています。そのほかに、判決が上級審への「上訴」に服する、という仕組み、注目点です。多くの場合、上訴は、皇帝(元首) 本人による、判決内容の審査の段階にまでは辿り付かず、それより下の段階で、配下の司法官僚などの手で、最終的に処理されてしまいますが、理論的には、皇帝(元首) が最終裁断を下していくことが、上訴制度の中軸となる論理(タテマエ) です。

(f) このタイプの手続が発生する状況の中にも、この手続の特徴が、見て取れます。その第一は、トラブルを解決するさい、もろもろの形式や古来の伝統に捉われることなしに、自由に、また、迅速に、裁判の目的を達成することに適合する、効率的な手続が実行されることです。

その第二は、その手続の成立に当たって、既存の法制によってはカバーされない「特別の」領域の問題について、社会的正義に照らして救済を試みるものが、出発点になっている点です。後代には、この新手続によって処理される領域は、画期的に広げられていきます。ここにきて、これは、もはや「特別の存在」ではなくなったわけですね。何事に付けても、「例外的なもの」や「特別なもの」をこよなく「愛した」ローマ人は、客観的に見て、もはやそういう「肩身の狭い」存在ではなくなり、「正規のもの」へと昇格するほどのものまでになっている「例外的で、特別なもの」を、依然としてそのような低い位置に置いたままにしておく特性を持っていたように、筆者個人には思われます。これは、彼らローマ人が、「例外」の中に、「進歩」や「発展」の鍵が潜んでいることを、本能的に知っていたせいかもしれませんね。

(4) ここで、この新手続発生のかっけになった事情を、二つだけ、示しておきましょう。「信託遺贈」および「委任」を巡る問題が、それです。

まず、「信託遺贈」というのは、「人の信義に実行を託す」というかたちをとった「遺贈(遺言の形式によって贈与を実行すること)」です。このプロセスは、「法(タテマエ)」によって規制されるものではなくて、ローマ人が大切にしてきた「信義(ホンネ)」により存立している人間関係から導き出されたものです。例えば、正規の遺贈が法上許されない、といった状況があるとき、その規制に引っ掛からないところにおいて、無方式で、ある人へと後に遺贈物(ときには、これが相続財産全体の相当部分を占めるといったスケールの大きなものも、発生します)を渡すことを、遺言などにより相続人に依頼しておきます。いったん遺贈物を受け取った相続人が、死者の依頼に従って、その物を指定された人に引き渡してくれれば、事はスムーズに運ぶのですが、しかし、中には、

信義を破り、それを「ねこばば」して、引き渡さない輩も、紛れ込んできます。しかし、信託遺贈は正式の法関係としては認められていませんので、そのような間接的なかたちにより自身に遺贈がなされていることを知った人(受益者)は、その遺贈の実行を強く求めることができず、「泣き寝入り」をするしか、方法がありません。引き渡しを実行することは、いわば「習俗上の義務」ですが、それでも、その違反について訴えを提起することができないのです。こういった、「不条理な」所業を見すごすことはできないとして、初代の元首(皇帝)・アウグストゥスは、法務官ではなくて、それより上位の位置にある、ナンバー1政務官である「執政官」の面前で、受益者が遺贈物の引き渡しを求める訴訟を実行できる道を、人々のために開いてやりました。そのきっかけは、彼が、たまたま、問題の信託遺贈事案に関係する当事者になってしまったことに、あります。ここでは、「審判人」のような私人が判決を下すのではなくて、「執政官」本人が裁定を下すところに、大きな特徴がありました。後代には、低額の事案については、専属の「信託遺贈問題を担当する法務官」が任命されるころまで、制度が整備されていきます。これが、後代になって「特別審理手続」と呼ばれる新手続の出発点となりました。

次は、「委任」についてです。現代人の眼からすれば、弁護士や医師などが提供する、比較的高級なサービス(労務)が、対価を取って提供される、というのは、とても判りやすい構図です。しかし、ローマには、まったく違った情景が、ありました。上流階層の人が「金で動く(働く)」というようなことには違和感が抱かれていたらしく、理論的には、本来は「無償」の契約類型である「委任」という枠組の下で、サービスが提供されていたからです。「古きよき時代」には、この行為に対して、さまざまな形態で、結局のところ「謝礼」を手渡すのが、上流階層の人々の社会的な務めだったでしょう。余談ですが、現代でも、「家庭教師」の報酬が「月謝」という名目で差し上げられることがあるのは、その名残りかもしれません。「感謝」の気持を示すために、こぎれいな袋などに包んで、現金が渡されているのです。さて、ローマで、時とともに、世の中がせちがらくなってきた、「謝金」を差し出さない輩が増えてきたからでしょうか、これが、サービス提供への「対価」の名目で、法的にきちんと負われるもの(債務)として、サービス提供者の方から堂々と要求される風潮が、生まれてきます。正規の手続には、それに対応する「受け皿」が用意されていませんので、特別審理手続のルートで、その手の要求に「訴求性」が付与されるかたちの対応が、なされることになったわけです。

結局のところ、先に示した「信託遺贈」も、この「委任」も、いわば「タテマエ(法的義務の不存在)」と「ホンネ(社会的義務の存在)」の狭間に漂う社会的システムのようなものですが、これらに絡む「金銭問題」は、合理的に、

またリーズナブルなかたちで、フリーに動くことができる、「特別の」審理手続を当局が開発することによって、見事に解決されました。ここには、「社会的正義」に適った結果を導くための「法技術」が、はっきりと見えています。

### （三九）養子皇帝制

（１）「養子皇帝制」というのは、紀元前に展開された「共和政」と、紀元後の三世紀以後に展開された、本格的な「帝政」との狭間に生まれた、その帝政への「中継ぎ政体」であるとも言える「元首政」時代の産物です。この時代は、大ざっぱに言えば、初期帝政ということにもなりますが、これは、実のところ、あちこちに共和政の「影」を引きずっている時代と、見ることができます。

（２）さて、問題の「養子皇帝制」は、不幸なことに、家を継ぐ男子の「実子」が存在しなかったために、やむをえず、国家のトップに君臨するだけの器量のある、優秀な人材を「養子」に仕立てて、帝位継承問題に手っ取り早い解決策を見出すテクニックとして、考案されたものです。それでも、元首（皇帝）にふさわしい人物を、じっくりと育て上げるとか、あるいは、すでに元首となれるだけの力量を実績で示している人物を、周辺から見出すとかの方法によって、次代を託す人物を生前に指名しておくやりかたは、帝位継承を巡る混乱を回避する上で、好都合なものと言えるでしょう。養子皇帝時代より前の時代には、血統の繋がる者や近親関係にある者が後継元首として立つという、ごく自然な流れもありましたが、人材不足のために、それに頼ることができなくなる事態が生じました。その危機を打開するために、「優れた人物」を、外部から、毎回選び出して、養子経由で、後継者に仕立て上げる、「養子皇帝制」が考案されます。これは、なかなか味のある、「優れもの」のシステムと言ってよいでしょう（もっとも、「誰を養子に仕立て上げるか」という問題は、実のところ、かなりの難問でした）。現に、四名の養子皇帝たちが支配していた八二年間は、「五賢帝時代（初代の皇帝・ネルワは、養子ではありません）」として、色々な意味でローマの「黄金時代」であったというように、もてはやされています。一つには、ローマの領土が最大になっただけでなく、「ローマの平和＝平和なローマ」が謳歌された時代だからです。ちなみに、二世紀のトラヤーヌス帝の治世の初めの時点では、その領土は、現在の大陸ヨーロッパの諸国地域のほかに、アフリカ大陸北岸、中近東、黒海周辺、イギリス北部、エジプト南部、モロッコまでの、広大な地域を、包摂します。

（３）ところで、養子を後継者にすることが、一家の成功を導いた例は、ローマ史のあちこちに見られる現象なのですが、一代で、太古の王や後の皇帝に、一部、匹敵するほどの権力を獲得したカエサル（英語読みでは、シーザー）が実行した養子縁組も、その一例です。彼が、実の男子に恵まれなかったために、

自身の姉であるユーリアの孫であるオクターウィアヌスを、あらかじめ、遺言で養子に指定しておいたおかげで、この人物が、法の定めるところに従って、民会により、事後的に、その養子縁組を公認して貰い、見事に彼の後継者と認知されました。カエサルは権力の源は強力な軍隊でしたが、それを、後継者養子となった彼が、実質上、そっくり、そのまま、「相続」できたことは、彼に敵対する勢力(他の軍事的実力者や元老院)を、力で抑え込むことに、大いに役立ちました。

(4) カエサルは軍事的実力を保有しているだけで、旧来の共和政の制度枠組の中にそれなりに囲い込まれたような「弱い」状態にありましたから、彼は、もちろん、「王」や「皇帝」などではありません。ですから、「カエサル時代」に続く、その養子であった「オクターウィアヌス」の時代と、後代の「養子皇帝」の時代との間には、直接的な繋がりなど、成り立たないのですが、それでも、実質本位の見かたをお許し頂けるなら、ここには、一二五年後の「養子皇帝時代」の先駆的な形態が存在すると、言えるかもしれません。いずれにしても、「家を繋ぐ」養子方式が、「国家を繋ぐ」養子方式へと肥大していったことは、確かです。

(5) さて、元首政の創始者・アウグストゥス(オクターウィアヌス)にも、男子の実子がいませんでした。彼は、リーウィアと再婚したのですが、その妻には、二人の男子の実子がいましたので、彼らを、妻の「連れ子」として、自らのファミリーへと、迎え入れます。そして、最終的には、「連れ子」の一人である兄・ティベリウス(彼が後継者にと考えていた弟のドルルスは、事故のため、すでに死亡していました)を養子とすることによって、後継者問題を解決しました。もっとも、多くの血縁者を次々に失っていたアウグストゥスは、一人娘のユーリアから生まれた五人の孫の中の男子三人に、後継者への期待を掛けていましたが、彼らが、死亡などで、対象から外れてしまいましたので、結局のところ、ティベリウス指名が、実現したのです。

ところで、アウグストゥスの後継者たちは、色々なかたちで、ローマ本市出身の、「身内」である人物の中から選出されていった元首(皇帝)たちです。ここに、「ユーリウス・クラウディウス朝」が誕生します。カエサルに連なるアウグストゥスは、ユーリウス家の家系の出身で、そして、ティベリウス以下の四代の元首(皇帝)は、クラウディウス家の家系の出身です。どちらも、ローマの古い家系に属する人物ですから、その「格」には、問題など、ありませんでした。その家系には、過去の「名声」や「権威」が具わっていたからです。

さて、前二七年から後六八年まで、五代にわたって続いた、この最初の王朝が、「暴君・ネロー」の暗殺によって断絶してしまった後には、「血統(タテムエ)」などそっちのけで、ホンネ(実力)丸出しの、有力軍人(将軍)四名によ

る「帝位争奪戦」が繰り広げられます。イタリア中部出身の、貴族グループよりも地位の低い「騎士階層(ビジネスにも強い関心を抱く層)」の身分から頭角を現わしたウェスパシアヌスが、最終的な勝利者となり、ここに、「第二王朝」としての「フラウィウス朝」が成立しました。もともと、この人物は、共和政からの伝統にも一部従いながら、自身の保有する命令権(政治的高権)が、民会において、「授権法」という特別の法律により授与される、という立派な形式を踏んで、自身のステイタスをタテマエ面で(制度面で)強化しておくことを怠りませんでした。この法律の姿については、(四三)の項目において御説明しましょう。もちろん、彼は、隠然たる勢力を誇る元老院の支持も、抜き取りなく取り付けておきます。このプロセス全体には、彼が、「法の支配」を尊重する姿勢を示しているような雰囲気も、認められますね。自身の出自の弱点を意識した、彼の「気配り」が、ここに、鮮やかに、見えています。なお、この王朝の創始者のような、軍人出身の「実力型皇帝」は、その後のローマの歴史に、たびたび登場してきます。

その後、その王朝が、僅か、三代、二七年で、三代目の元首(皇帝)・ドミティアヌスの暗殺により消え去った後、本題の「養子皇帝時代」が、スタートします。この時代は、制度的には「王朝」時代とは言えないのですが、養子は、ローマ法的には、実子と同じポジションに位置付けられますので、この時代は、「準王朝時代」ということにもなってくるでしょう。

(6)「養子皇帝時代」は、九八年から一九二年まで、四代にわたって続きました。その最後の元首の許に実子が存在していたために、養子による支配者継承の方式が捨てられます。先帝の死後に、スムーズに即位したコンモドゥスが、即位から一五年後に暗殺されたために、第二次の王朝断絶が生じ、お決まりの「帝位争奪戦」が、帝国各地に軍事的基盤を持つ、四人の軍人(将軍)の間で行なわれます。そして、セプティミウス・セウェールスが、その内乱に勝利して、一九三年から二三五年まで続く、「第三王朝」としての「セウェールス朝」が、誕生します。彼は、特筆すべきことですが、前一五世紀の、中近東の大商業国家であった「フェニキア」の人々の血を引く、「外人系」の人物です。

その後、また、王朝の断絶があり、恐らく歴史上最大のスケールの「帝位争奪戦」が、帝国各地に勢力基盤を持つ軍人たちにより、五〇年近くにもわたって、繰り広げられます。そこで、入れ代わり、立ち代わり、登場してきた「自称皇帝」の総数は二五にもなる、と言われていきますから、そのバトルの凄さが、見て取れますね。

(7)このとき「帝位争奪戦」の最終勝者となったのは、「ディオクレティアヌス」です。伝えられるところによりますと、この人物は、下層の市民である、被解放奴隷の身分しか持たない人の子なのに、見事に出世を果たした人

でした。ここから、歴史に新しい時代が始まると、考えられています。つまり、いにしえの共和政の残像を引きずりながら、曲がりなりにも、二〇〇年ほど続いてきた「元首政」は、終わりを迎え、「専主政」という新体制が姿を現わすことになったからです。それは二八四年のことでした。「元首政」は、大体のところ、「国家の第一人者である元首」が、「権威ないしは共和政的な権力を駆使して、国を治める」という、比較的「おとなしい」政体でしたが、一方で、新顔の「専主政」は、言ってみれば、国家のトップ(専主)が、国家を自身のものとして「所有する」ようなニュアンスで彩られた、「硬い」肌合いの政体です。ホネネ的には(実態においては)、従来の、元首政時代に存在した「個人支配の政体」とこれとの間には、連続性が認められなくもないのですが、両者の間には、タテマエ的には(理論的には)、格段の相違がある、というわけです。

(8) それでは、本題である「養子皇帝問題」について、見てみましょう。養子縁組の方式で家を繋いでいくのは、男系の子を持たないファミリーにおいては、しばしば生ずることです。この場合、すでに相当な年齢に達していて、国家のトップに課せられる任務に耐えられるだけの素質や能力をすでに示している人物が、選び出されるのが、好都合ですね。とりわけ、紀元後二世紀のローマは、広大な領域を支配する大帝国にまで成長していましたので、その国境の防衛線を死守すると同時に、その周辺にある敵対国家を攻略して、領土を広げるといふ、軍事的な二面作戦を遂行できるだけの、軍事面での能力を具備していることが、養子指名を受ける人物の必須要件となってきます。ときには、養子候補者を、「副帝」などの名目で、共同統治者として、表に立て、世間に対して実績を作っておく、という用心深い手も、用いられました。このようにしておけば、先帝と後継の養子皇帝との間に、政治スタイルの連続性が確保される、というメリットが、得られますね。

(9) 一八世紀の著名な歴史家であったギボンという人は、この養子皇帝時代を、「世界の歴史において、人類が最も幸福で、最も繁栄した時代」と持ち上げていますが、そのような「甘い」理解のしかたに対しては、現代の歴史家たちの間で、異論も多いことでしょう。それでも、当時の人々がそのように受け止めていたことが、歴史資料に見えています。そのこともあって、この、八二年間にわたる時代は、学者の間で、「五賢帝時代」と名付けられることもあるのですが、それは、「賢い」元首(皇帝)が、「賢明にも」、「賢い」後継者を見出したからこそ、この時代が「ローマの栄光」を象徴するものと考えられているからです。それでも、その内実は、冷酷な政治原理や、人個人の感情(とりわけ、肉親間の暗闘によって生まれるもの)が容赦なく支配する世界なのでした。五代の元首(皇帝)が、揃って、「賢政」を世に示したのは、結果的にそのようになっただけである、と受け止めておくのが、まずは、妥当なところでし

よう。余談ですが、「ローマ法」の実践や研究が頂点に達し、「賢い」法学者が輩出したのも、この時期の出来事です。私たち現代人が「ローマ法」という名目の下に保有している知識・知見のほとんどは、実質的には、この平和な時代に花咲いた「ローマ法文化」から得られています。

(10) 次に、歴代の「賢帝」たちが誕生した事情を、個別的に、少しだけ、見てみましょう。

(a) ネルウァ(ネルワ)(九六年から九八年までの在位)・・・この人物は、「フラウィウス朝」の最後の皇帝・ドミティアヌスの暗殺後に、元老院の支持もあって、六六歳の高齢ながら、即位した人物です。彼は、恐らく、法学者を出す、「地味な」貴族家系の出身だったでしょう。もっとも、彼は、先の暗殺への関与も疑われていますので、ただの法学者ではなかったかもしれません。ちなみに、法学者が皇帝の位にまで登りつめたのは、このケースだけです。彼が、即位した九六年からわずか三年後に死亡するまでの短い治世の間に、元首(皇帝)の仕事を立て果した点では、彼を「賢帝」の「はしり」とであると評しても、差し支えないかもしれません。彼は、初めて養子皇帝を作り出します。その後、計四名の養子皇帝が、次々に誕生しました。

(b) トラヤーヌス(九八年から一一七年までの在位)・・・彼は、抜群の政治手腕を発揮したので、当時、「最良の元首(皇帝)」と、称賛されていました。彼は、ローマの領土を最大にした軍人でも、あります。その出身地はヒスパニア(現スペイン)ですが、彼の父は、その昔、中部イタリアから移住してきて、その属州の地を地盤として、元老院議員にまで出世を果たした、れっきとしたローマ市民の出ですから、トラヤーヌスの家系には、家柄の「格」に関しては、特にマイナスに作用する要素など、認められません。属州(一種の植民地)出身者が元首(皇帝)にまで出世する初めての例が、これです。なお、先帝のネルウァとは、人脈はありませんでした。後代の「養子皇帝」が、それぞれ、前元首(皇帝)と、それぞれ、生前から、各種の関係にあったのとは、事情が違いますね。

(c) ハドリアヌス(一一七年から一三八年までの在位)・・・彼は、先のトラヤーヌスの従兄弟の子でしたが、トラヤーヌスが、戦地から帰還する途上で、死の直前に書き記していた遺言の中で、養子に指名されていたので、それほど問題もなく、即位します。実子のないトラヤーヌスは、後継者をにわかに決定したことになるでしょう。さて、ハドリアヌスは、治世の大半をローマから離れた土地で過ごし、「旅する皇帝」とも、評されていますが、これは、一つには、それが、辺境地帯の政治的安定を確立するための大切な仕事だったからでしょう。また、彼には、軍事・行政・司法の分野において大きな功績が、あります。彼は、トラヤーヌスの場合と同様に、ヒスパニア

ア属州の出身者です（純粹の属州人ではありません）。彼は、養子候補となりうる縁者を、一人だけ、持っていましたが、なぜか、この人物を外して、血縁のない人物を養子とします。しかし、この人物は病死してしまいましたので、二度目の養子縁組を行ないます。アウレリウス・アントーニヌスが、その養子です。

（d）アントーニヌス・ピウス（一三八年から一六一年までの在位）・・・彼は、後継者選びに苦勞したハドリアヌスから、ようやく、養子として、後継者に指名された人物です。それから、すでに息子を失なっていたこの人物は、前元首（皇帝）から、甥のアンニウス・ウェールスと、その年下のルーキウス・ウェールスを養子として迎え、次世代の後継者候補とするように、生前に指示されていました。用意周到な後継人事の手配が、前もって、なされていたわけですね。

（e）マールクス・アウレーリウス（一六一年から一八〇年までの在位）・・・彼は、自身と共に、すでに次の世代の後継者候補として、先帝から指名されていたルーキウスを、「共同皇帝」とします。これは、史上初の「二帝制」の例でした。このルーキウスが死亡した後、単独皇帝となったアウレーリウスには、ちゃんと実子がいましたので、ただ一人の息子・コンモドゥスが、わずか一五歳で、「副帝」に任命されて、後継者候補としてデビューします（ちなみに、この人物は、一四人の兄弟姉妹の内は無事生き残った六人の中の、ただ一人の男子でした）。結局のところ、先帝と血の繋がったこの人物が、一八〇年に、一八歳で即位して、八二年も続いた「養子皇帝時代」は、終わりを告げるのです。「ローマ帝国史上最悪の皇帝」とも評されるこの人物は、早くも、一九二年に暗殺され、その後、通例のように、軍人（将軍）間で「帝位争奪戦」が始まり、最終の勝者として名乗りを挙げたセプティミウス・セウェールスを始祖とする、新しい王朝がスタートすることになるのです。

#### （四〇）身分闘争

（１）その昔、日本では、昔懐かしい「階級闘争」という「スローガン」の一部を構成する、「階級」という言葉がよく知られていましたが、本項のタイトルに見える「身分」というのは、それとは少し違った色合いを持つ表現です。前者には、「タテマエ的な（観念的・理論的な）」色彩が強く滲み出ていますが、後者には、流動性も具えた、「ホンネ」色の濃いニュアンスも、あるからです。

（２）紀元前五〇九年に「王政」が廃止された後の段階では、「貴族」と「平民」という、人の区分が定着するようになりました。しかし、紀元前の共和政の中期に入りますと、これら二大身分の中間に、「騎士階層」という新勢力が割って入りますので、単純な「市民二分論」では割り切れない局面も、生じて



きます。とりあえず、この「騎士階層」を、比較的上層の平民からなる、上昇志向の強い「経済人」としての特徴を強く示す集団、という位置付けにしておきましょう。「貴族」は、さまざまな考慮を働かせ、仲間内で、何とか一定の数を確保するだけなのですが、一方で、平民の数は、発生ルートが多様な関係で、常に拡大傾向にあります。「平民」と言えば、「下層の民」と受け取られがちですが、その中には、ローマに征服された国家の貴族も、格を落とすかたちで、組み入れられていますので、そういった見かたは、必ずしも正しいものではないのです。

(3) さて、問題の「身分闘争」は、貴族が王政を打破した後に確立された貴族支配というものに楔を打ち込む、優れて政治的な「社会運動」です。平民は、ローマ社会の中層もしくは下層の民ですが、各種の生活条件をよりよくしていくために、絶えず「上」を見て、積極的に行動します。その過程で、貴族の特権を奪い取り、国政に、主体的に、参加することに成功しなければ、身分上昇を勝ちとることは不可能であることを、覚るようになりました。その経過には、実に長い歴史があります。以下に、そのポイントだけを、示しておきましょう。「法の国」であるローマでは、「法」を活用して、改革を具体化する手法がしばしば用いられますので、この局面では、立法面での「法技術」に十分に出番もあるのです。

(4) まず、「平民がどのようにして貴族に実質的に対抗することができるだけの実力を備えるようになったか」について、御説明しておかなければなりません。これは、ローマが「戦争の国」であったことと、大いに関係があります。古い時代には、日本の戦国時代の戦闘形式において一般的に見られるのと同じように、貴族は、身を守るために、重装備をして、馬上で戦闘を行ない、一方で、平民は、軽装備で、歩兵として地上戦を展開していました。しかし、そのパターンでは、戦士が分断されてしまいますので、この手の戦法が、大規模な数の敵に対峙するには非力であることが、経験上覚られ、発想を大転換して、貴族と平民が、共に重装備をして、地上で、一団となって戦闘に突入する戦法が採用されることになりました。その人的ユニットが完璧な密集隊形を組む、という戦術を採用することで、攻撃力も防衛力も、格段に強化されるところに、最大の効果が、あります。このようにして、貴族と平民は、文字通りの「戦友」となったのです。共和政初期には、かなりの頻度で、戦争が勃発していましたので、戦時において貴族に比べて圧倒的に数の多い平民が発揮した人的パワーは、平時においても、彼らの「発言権」を強めるものと、なりました。彼らは、その軍事面での実力を日常行動により貴族に見せ付けるために、今で言う「ゼネスト」もどきに、経済的・政治的・法的地位の改善を求めて、一団となってローマ本市から退去し、ローマの、潜在的な戦力を決定的に低下させるといっ

た「荒業」も、やってのけます。このとき、貴族側には、平民側に譲歩するしか、手がなかったでしょう。彼らが、平民団のリーダーを、「護民官」として、事実上認めるにいたったのも、その、譲歩という成果の一環です。

(5) 平民が一丸となって貴族に対抗していくには、彼らが強力なリーダーを持っていることが、必要です。最終的には一〇名にも増加した護民官団が、それです。彼ら一人一人は、平民を守るために、貴族政務官(公職者)の日常的な職務行為に現場でストップを掛ける力を、事実上、保有しています(現代の、国連の「安全保障理事会」において、常任理事国により「拒否権」が行使される場合にも似た構造が、ここに見られますね)。元来、国家における「反体制勢力」のシンボルであった護民官は、やがて、高級政務官への出世コースにも乗れるような扱いを受けるようになりました。その結果、平民出身の政務官は、貴族政務官の場合と同じように、そのポストから離れた後に、貴族の牙城である元老院の構成員として受け入れられます。このようにして、彼らは、「体制内勢力」の顔を持つようになったのです。ここには、共和政政治の中枢にあり続けた元老院の「懐の深さ」も、見えてきますね。

(6) 護民官というパーソナリティーが存在感を大いに示していた共和政が過ぎ去って、元首の個人支配体制である元首政が到来しても、初代の元首(皇帝)である、賢明なアウグストゥスは、元首への就任のさい、平民のリーダーとしての護民官の保有する「職権」を、わざわざ手に入れることにより、自身が「市民全体の保護者である」というイメージを高めることに、成功しました。「支配するのではなく、保護する」という構図は、あまりにも美しすぎて、いかがわしい感を免れないのですが、それでも、これは、「特殊ローマ的な」感覚の表われとして、素直に受け止めておきましょう。

(7) 次に、平民が、身分闘争の結果として、自身に有利な内容を持つ「法律」を制定させた例の中で代表的なものを、見てみます。平民が、個々の身分闘争の結果、単発的な実質上の成果を貴族側から獲得する、いったスケールの小さいものに留まらず、法律の規定の中に平民の獲得したものが書き込まれるようにする、大掛かりなスタイルの成果が導き出されたことが、注目点です。ここには、政治的な技術と併せて、法技術の展開される場があります。

(a) 前四四九年に制定された、ローマで最初の「一二表法」は、貴族だけが法知識を独占し、平民が、法にまつわる、もろもろの「事情」をあまりよく知らされていないために、現実の裁判などで不利益を被る事態が多く発生したことに抗議したことが一つのきっかけとなって、誕生した法典であると、見ることができます。その内容の中核は、新しい「法ルール」を導入するというような、革新的なものではなくて、ほとんど、既存の「慣習ルール」を公示するとともに、固定化するだけのものだったでしょう。この法典は、平民が貴族の横

暴から自身の身を守ることは、十分に役立ちました。そこに、貴族と平民の通婚を禁止するという、身分を分断するような規定が設けられていまして、これは、見かたによっては、「反動的な」扱いが公定されたことにもなりますが、それでも、一二表法の制定から早くも六年後に、護民官の働きかけにより、両身分間の通婚を認める「カヌレイユス法」が制定されたことで、事態は改善されます。

(b) 激しい身分闘争が展開された結果、平民出身者が、政務官の最高位にある「執政官」二名の内の一名に必ず就任することを定めた、前三七六年制定の「リキニウス・セクスティウス法」の成立を、平民はかちとります。これは、前四〇九年に、初めて、最下級の政務官である財務官に平民が就任する実績が作られたことの延長線上に位置するとも言える大改革ですが(その後、ほとんどの政務官ポストが、平民にも開放されました)、タテマエ(制度)的には、政治面で貴族と平民の身分差別がなくなったことを、意味するでしょう。執政官という頭職にまで上昇できるほどの平民出身の人物は、誰でも、まちがいなく政治力を具えた人物であったので、彼らは、古来の上流貴族と連携して、「新貴族」というネーミングのエリート集団(いわば「派閥」のようなもの)を構成するまでに、なります。このグループから多くの執政官が就任していききましたので、これは一大政治勢力となりました。ここに、平民を仲間に受け入れた、ローマ貴族のトップ集団の「政治力」が、見て取れますね。ちなみに、ローマの貴族の家系には、古来から存在していた「血統貴族」と、平民からのし上がった「平民出身の官職貴族」との二種があるのですが、後代になるほど、数の上で後者が優位に立つようになりましたから、国家組織における、平民の地位は、ここに来て、不動のものとなったわけです。

(c) 前二八六年には、民会の一種である「平民会」において議決されたものが、全市民を拘束する法律となることを定めた「ホルテーンシウス法」が、登場します。もっとも、ホンネ(現実)に即して考えますと、この時期の平民会には、貴族さえも出席できるような扱いになっていましたし、また、護民官の指揮する平民会の策定する議案は、元老院の意向を考慮した上で、議決される扱いになっていましたので、この法が、平民が政治力を一気に高めたことを象徴するような、画期的な内容を持つ改革法であるとまでは、言えないでしょう。

平民は、このようにして、政務官職に進出し、ローマ政治の中軸である元老院のメンバーとなり、平民会で法律を制定できる地位にまで達したのですが、これで、平民の、二〇〇年以上にもわたる身分闘争は、ひとまず、終りを迎えることになるのです。

(8) 共和政末期から元首政(初期帝政)への移行過程で、貴族の力の衰えが見え始め、平民の上層部に属する、第三勢力である「騎士階層」が、その経済

力に物を言わせて、貴族に部分的に対抗できるだけの、政治的・社会的な力量を具えるようになりましたので、「貴族対平民」という「対立図式」には、もはや、昔のような重みはなくなったのです。

#### (四一) ローマ共和政の残像

(1) 「共和政」という政体は、筆者の見るところでは、色々な意味において、優れて「ローマ的な」国家システムです。これは、硬いようで、実のところは軟らかい「政治的作品」で、「原則」と「例外」が平和的に「共存」という「遊び」の要素を具え、また、確かに、アテナイ「民主政」の場合に見られるような「生真面目さ」には欠けるものの、それなりに「真面目な」対応を示し、そして、「伝統」に重きをおいているだけに、「息の長い」組織であることなどの「特質」を持っています。以下に御紹介する「エピソード」は、ギリシア世界の真ただ中に聳え立っていた、いわゆる「東ローマ帝国」の仕組の面白さを、見事に教えてくれます。

(2) 井上浩一著「生き残った帝国ビザンティン」(一九九〇年)の一五ページには、次のような記述があります。

ビザンティン帝国では、都コンスタンティノーブルの宮殿において皇帝の即位式が行なわれる時、「デーモス」と呼ばれる人々が、「ローマ人の皇帝万歳」と唱えることになっていた。「デーモス」を率いて万歳の音頭をとるのは、「デーモス長」の仕事であった。

さて、この記述に見える、ギリシア語の「デーモス」は、「民衆・市民」を意味する言葉で、「デモクラシー(これは、その「デーモス」と、権力を意味する「クラティア」が組み合わさって、できた表現です)」という外来語系の日本語とも、関係があります。

(3) 問題の「デーモス長」は、高級官僚の一員です。それは、私見によれば、「市民」を象徴するパーソナリティーとして、特別に設けられたポストなのです。問題の、「万歳」をするという仕草は、何やら異様な光景ですが、この行為＝手続は、「市民の歓呼の声を受けて、皇帝が誕生する」、つまり、大げさに言えば、「皇帝を作り出すのは、市民である」という発想を象徴的に世間に見せたことを意味しているものと、受け止められます。ある意味では、市民が共和政ローマの「主人公」であった、という「故事」にちなんで、この、「デーモス」という官職を置く制度が編み出されたのでしょう。見かたによれば、ここに、ローマ共和政という、壮大な「タテマエ」が、時を超えて、存在感を持って鎮座しているのです。ローマ人の「時間感覚」には、なにやら、底知れないところがありますね。

(4) ローマの民会には、実質的には、元々、アテナイの民会の場合ほどのステイタスの高さなど、ありません。それでも、この巨大な組織は、元老院とはまた違った意味において、国政＝国制の中軸だったのです(もっとも、民会が、それとして、存在感を示すことができたのは、せいぜいのところ、紀元後三世紀までのことです。東ローマ帝国＝ビザンティン帝国には、もちろん、民会など、ありません)。このことは、例えば、ローマ人が、ローマという国家を外向けに表現するさい、「ローマの元老院および国民(SPQR＝セナートゥス・ポプルス・クエ・ローマヌス)」という表現が用いられていることから、察知できます(ちなみに、現代のローマ市の下水道の蓋などには、それを設置したのがローマ市であることを示すために、この「四字ロゴ」が堂々と刻み込まれています)。ひょっとすると、かなりの部分でギリシア風の国に変身してしまった東ローマ帝国においても、「市民が国家のトップを決める」という伝統が、それなりに受け継がれていたかもしれません。言うまでもなく、共和政には、王とかの絶対的な「権力者」など、存在しませんが、その地位を受け継ぐものと位置付けられている「執政官」を、民会が選挙によって選出する、という構造は、「タテマエ論(制度論)」からは、とても重要な要素となっています。

(5) 制度史の観点からすれば、東ローマ帝国は、紀元前の「共和政」と、紀元後の三世紀までの「元首政(初期帝政)」に続いて生まれた「専主政(後期帝政)」の流れに位置する政体を持っている国家です。しかし、ローマが、三九五年に、最終的に、東西二つの国家に分裂して、最後に東ローマが生き残り、これがローマの正統を受け継ぐ国家となっただけからは、東ローマは、ラテン世界で生まれ育った西方のローマとは違って、ギリシア的な色合いを強めた国となりました(例えば、ギリシア語が、ラテン語を押しつけて、公用語に昇格します)。したがって、この国は、ローマ古来の伝統とは決別して、別の政治スタイルの国に変身することもできたのですが、ローマには、なぜか、「永遠のローマ」といった「スローガン」が時代を突き抜けて力を持つ伝統がありまして、世界帝国という高みにまで登りつめた帝政初期の時代の、「美しい」イメージは、東ローマ帝国の国力が大幅に低下する事態になっても、生き延びます。また、強大なローマの基礎を築いたローマ共和政への郷愁も、同じように、存在感をいくらか保ち続けたのではないのでしょうか。宗教的な権威までも身に付けた、「絶対者」としての東ローマ皇帝が、民衆・大衆にもそれなりの気配りをするポーズを取るやりかたは、政治的なテクニック(政治的な技術)としては、かなりレヴェルの高いものですが、見かたを変えれば、これには、「法技術」と交錯する側面も認められるでしょう。「市民＝国民」を「デーモス長」とい

う人物に読み替えてしまうのは、「擬制」という「法的テクニック(法技術)」が発揮された事例と、読むこともできるからです。

(6) ところで、世間では、共和政から元首政までの間の時代において形作られたローマを「第一のローマ」とし、そこから「枝分かれ」するようにして生まれた東ローマ帝国を「第二のローマ」とし、そして、この国の、一四五三年の帝国滅亡の後に、ロシアの都市・モスクワが「第三のローマ」として名乗りを上げた、とする受け止めかたが、見えます。さらに言えば、ローマの実体(ホンネ)とはかけ離れた「ローマ理念(タテマエ)」は、九六二七年から一八〇六年まで続いた「神聖ローマ帝国」のネーミングの中にも、受け継がれています。やはり、ローマの「永遠性」には、不思議な魔力もあるのですね。

(7) ここで、御参考までに、東ローマ帝国の時代から見れば、ずいぶん昔の、「即位」絡みの出来事を紹介しておきましょう。貴族よりも格下の騎士階層出身の軍人(将軍)であったウェスパシアーヌスという人物は、「第一王朝」である「ユリウス・クラウディウス朝」が「暴君ネロー」の暗殺によって断絶してしまい、各地域に軍事的地盤を持つ将軍たちの「帝位争奪戦」が繰り広げられた後、その競り合いを制して、後六九年に元首(皇帝)の位をもぎ取った、異色の人物です。彼は、自身の地位の「正統性=正当性」を確立する手段として、その当時まだそれなりに存在感を示していた民会という、共和政由来の組織に、「ウェスパシアーヌスの命令権(政治的高権)に関する法(授權法)」を制定させる方法を、見事に活用しました。貴族でなく、もちろん、先の王朝に繋がる血統とは無縁なまま、軍事力だけでローマの帝位を掴み取った彼には、自身の地位を法の「飾り」で美化しておかなければ、いくら強力な軍隊を掌握していても、「平時」にあっては、安定した政権運営など、とうてい望めなかったのです。その昔、王政以来の慣行として、「クーリア法」という制度がありました。これは、時の最高権力者のポストに就く者(とりわけ、王政時代の王の継承者としての要素も持つ、最高位の政務官である二名の執政官)に対して、三つある民会の内で最も古くて権威のある「クーリア民会(これは、元々は、三〇の祭祀団体から構成されていた最古の民会です)」の場で、その、政務官のトップとしての地位をいわば「認証」する効果を発生させるという、重要な、国制上の役割を担う仕組です(その民会は、元々、王の就任に関わっていました)。元老院は、昔から、民会を間接的に操る技術を持っていたので、このような、民会を舞台とする「優れて法的な出来事」は、いわば「タテマエ」上の手続きにすぎないものでして、「ホンネ」では、彼の即位は、元老院の差し金によるものと、推測されます。元老院は古くから単なる「助言体」の位置に立っているだけで、「元老院が主体的に元首(皇帝)を任命する」といった「表」の世界の

行動を取ることは、彼らの伝統的なやりかたには、どうしても、そぐわないのです。その法律については、（四三）の解説を御参照下さい。

（８）要するに、ウェスパシアーヌスは、「共和政的な」発想＝論理を駆使して、歴代の元首（皇帝）が、長い時間を掛けて、個別の制度（タテマエ）ないしは実績（ホンネ）の積み上げにより身に付けてきた権原＝権限を、そっくり、そのまま、法上、受け継ぐことに成功したのです。ここには、ローマの「法の論理（タテマエ）」を巧みに利用しながら、「政治的な技術（ホンネ）」が展開されていく局面が、見られます。

（９）古今東西、どのような国家においても、ただ一人のトップが国を牛耳るさいには、その人物が、自身のステイタスを確保しておくために、「タテマエ（制度）」面において、さまざまな知恵を働かせて、自身の政権の安泰を図ります。この分野の政治的な対応に関しては、ローマ人の能力は、相当高いものでした。そのおかげで、ローマという国家の継続性が確保されたのです。

#### （四二）刑事法

（１）現代の日本では、他の法先進国の場合と同じように、「罪刑法定主義」に則った刑事実体法（刑法）と、事の真実を追及する上で、人権を尊重することを重視する刑事手続法（刑事訴訟法）とが、堂々たるタテマエとして組み上げられています。刑法は、「前向きの」タテマエとしては、人の、不適切な行為の内で、国家的な処罰の対象とされるものを、厳密なかたちで明示しておき、人に、刑法違反の行為に手を染めることを思い留まらせる役割を果たすとともに、「後ろ向き」のホンネとしては、国家が犯人の処罰に踏み込むさいに基準とされる「枠組（犯罪類型）」と、量刑上の基準とを、示します。

（２）次に、「ローマ刑事法」の歴史事情を、以下に、少しだけ、観察してみましょう。

（a）刑法的な「規範」が、法律という形式によって、きちんと提示されるような状況は、それほど多くは見られません。また、刑事的処罰の手続も、現場任せの慣行に基づいて展開されるところが、多くありました。その原因の一つに、民事制裁の中に刑事制裁の要素が埋め込まれている関係で、違反行為が「民」の世界において処理されるケースが、圧倒的に多かった点が、挙げられるでしょう。例えば、「現行犯」ではない窃盗犯人は、盗品額の「二倍額」の「償金」を、そして、強盗犯人は、その「四倍額」の「償金」を、それぞれ、被害者に支払うことで、民事的に、「金銭罰」を受けるだけです。

紀元前の時代に展開した共和政の下では、刑事的な問題を処理するための制度は、全般的に言えば、個別的に、また断片的に、生み出されてただけです。

そこには、現代流の「刑事法」や「刑事司法」といった、明確な概念ではとても捉えられない部分が、数多く存在していました。

(b) 王政時代のことは、何事に付けても、あまりよく判っていないのですが、幸いなことに、刑法に関係する、「王法」の一規定が存在していたことが、伝えられています。そこでは、故意に人(市民)を殺害した者が「追放刑」に処せられること(ローマ人の場合、ローマ本市から放逐される処置は、実質的には、死にも等しい重罰ですね)、そして、それが単なる過失によるときには、雄羊を被害者の親族へ引き渡すことが、罰として、定められていました。一般に、「故意」と「過失」という、犯人の「主観的側面」に着目した処理をしていくのは、いわゆる「結果責任」を問うだけの、「客観的側面」に着目した処理をしていくことよりも、進んだ段階の発想の産物と考えてよいでしょう。

(c) 「刑事司法」を問題にする場合、普通の理解では、「刑法(実体法)」の存在が大前提になってきますが、「ローマ刑法」の整備は、全時代を通じて不十分でした。確かに、前四四九年に制定された「一二表法」の第八表には、反逆、殺人、放火、呪術を用いた他人の植物の種の破壊、夜陰に乗じて他人の土地の牧草を自身所有の家畜に喰わせてしまう行為などの処罰に関する刑法的な規定が盛り込まれていますが、このような法規定は、ごく例外的な存在です。共和政も中期に入りますと、政治的な問題との絡みで、個別的な犯罪類型を明示する法律も、制定されはじめますが、それでも、その広がりは限定的です。

(d) 「司法」と言いますと、原則的には、「裁判」が行なわれていることが前提になりますが、共和政の下では、このような正規の「司法」のほかに、高級政務官(公職者)が、自身の保有する、行政的もしくは警察的な処理の色合いも帯びている「懲戒権」を行使するかたちで、「刑事的な処分」を、自由裁量により、現場でスピーディーに実行するケースが、多く存在していたと、考えられます。ここでは、比較的軽度の違反行為が対象になる場合が多いのですが、それでも、重大な違反行為に対しては、高額の罰金支払義務が科せられることや、身体への処罰や、さらには、死刑が、即決で科せられることも、ないわけではありません。このような重大な制裁に対して異議を唱える人は、最も重要な民会と位置付けられている「ケントゥリア民会」の場で、その「お上の」措置＝処分の正当性について最終判断をして貰うことが、法制定により可能になったと、推測されています。これは、考えようによっては、一種の「上訴」ということになりますね。このような救済手続が制度化されたのは、政務官から懲戒を受けることが多かった下層の人々(平民)の強い要望があったからです。ここにも、「身分闘争」の成果が現われているでしょう。なお、故意的な殺人や国家への反逆行為のような重大な非行を処罰するための手続は、古くから、特別の「査問官」の指揮の下に、民会において取り行なわれていました。また、



元老院が、上流階層に属する人物の、特別の違法行為に関して、特別法廷を設置して、処罰を実行した例も、あります。

(e) 共和政ローマの刑事裁判制度の中核は、「査問所手続」です。見かたによれば、これは、「デモクラティックな」政治的発想が反映されたものでしょう。元老院議員などの社会の上層の人士が、数十名(五〇人程度)編成の審判人団を構成して、判決を下す、という意味で、一種の「陪審制」がそこで採用されていたからです。以下に、この制度のポイントを、いくつか、挙げておきましょう。

当初、この手続は、特殊な政治状況の下で、ごく例外的に、特定の犯罪類型をターゲットにして、開発されたものです。その後、時間を掛けて、元々は他の組織の管轄に属していた犯罪類型の処理についても、手続の利用枠が広げられていきます。

貨幣・通貨の偽造、重大な殺人、暴力行為、政務官(属州総督)の搾取行為、選挙違反などが、そこで問責されました。査問所制度がそれなりに整備されることによって、「刑事裁判制度」というものが、ローマでようやく確立されたわけです。

査問所は、その成り立ちの過程では、政敵を追い落とすための手段として用いられたという要素が強く、一般市民にはあまり縁のないものでした。それでも、数百年も利用され続けた査問所は、当時としては、それなりにかたちを整えた刑事司法制度と規定しても、差し支えないでしょう。一方、下流市民の犯罪的な行為は、「重罪に関する三人官」などの政務官の取り仕切る場で、「警察的な」処理の対象となりました。迅速な処処理と重い刑罰がその特徴となっていたと、考えられます。

この査問所制度の構造は、図式化して表現すれば、以下のようになります。査問所を舞台にして裁かれる犯罪は、個別の法律に明記されます(ここには、いわば「罪法定主義」のスタイルが、見えています)。刑事訴追の口火を切るのは、一般私人です(説得力のある弁論＝論告がなされることが要求されますので、実際には、「語りのプロ」である「弁論家」がこの役を引き受けます)。被告人には弁護士が付きますが、この任務も、弁論家が引き受けます。なお、法学者は、刑事裁判の世界には、関与しません。裁判を指揮するのは、ナンバー2の政務官である「法務官」です。判決は一審で終了します。「上訴」は認められません。判決は、私人である審判人団が下します。もともと、審判人になれるのは、元老院議員などの上流階層の人だけですから、一般市民の中から選ばれる、現代の「陪審員」とは、まったく違います。

(f) 紀元後の帝政時代には、皇帝が、国政全般において、支配者として全権を振うことになるのですが、その一環として、「上から目線の」刑事司法が、

かなり整備されます。犯罪者を処罰することは、社会の平和と安定を生み出し、国家の秩序を保つ上で、支配者自身にとっても、国家全体にとっても、大切なことだからです。

帝政時代の刑事裁判手続の中核は、「特別審理手続」です。これは、先に解説した民事問題に関する「特別審理手続」と連動して、時間を掛けて整備されていきました(共和政的な色合いの査問所手続は、その過程で、用いられなくなります)。公人である裁判官が、民事問題と刑事問題を一体的に処理するのは、ごく自然な流れですね。理論上は、皇帝が刑事裁判の最終的処理に当たることになってくるのですが、実際には、その重要な任務は、司法官僚が主として担います。その背景には、公法上の「委任」のシステムが存在していました。一般に、「上訴制」の下では、原理上、再審査で「逆転無罪」が導き出される可能性もありますので、もちろん、被告人個人にメリットをもたらしますが、それとは離れて、皇帝にまで連なる「お上」が刑事司法の運営実態を監視するのに役立つ、という利点も、別に、あるでしょう。皇帝の司法への関与は、優秀な司法官僚としての「法学者」を通じて、なされます。「法学者は私人である」というタテマエは、ここに至って、大きく修正されたのです。

(g) 特別審理手続の特徴は、刑事手続の構造、判決内容、量刑など、裁判の各要素において、新しいスタイルが生み出された点にあります。正に、これは「別種の」手続なのです。まず、理論的には、皇帝が、すべての事項について最終決定を下す地位を、保有しています。いわば皇帝の代理人として、裁判官が、判決を含むすべての裁判事項を統括します。それから、実体刑法の規定は、共和政時代の場合よりも、はるかに自由に、拡大解釈や類推解釈の対象となるに留まらず、法律をベースにせずに、広義の「犯罪規定」が新規に付け加えられることも、あったでしょう。また、上流階層の者に対する刑罰と、下層民に対する刑罰に、違いを持たせるといって、「身分差別」の刑罰体系が組み上げられます(例えば、上流階層に属する被告人には、最高刑としては、死刑ではなくて、追放刑が科せられるだけなのに対して、下層の人々のグループに属する被告人には、最高刑としては、死刑が科せられます)。共和政時代でも、事実上の「刑罰不平等」はちゃんと存在していましたが、ここに来て、それが制度的に固められました。御参考までに、当時の「上流階層」を構成していた人をリストアップしておきます。皇帝一族、元老院ないしはその流れを汲む組織のメンバー、大土地所有者、高級官僚、高位の軍人、地方組織の議員、上級聖職者などが、それに属します。

#### (四三) 立法技術論

(1) 私見によれば、「立法技術」という概念には、二つの側面が存在しています。一つは、根本的な問題として、「立法」の形式を利用して規範を生み出していく、といったスタイルを取ることが、果たして適切であるかという、いわば「政策的な」ポイントに関係するものです。ローマでは、伝統的に、いわゆる「公法」というものが、現代の場合とは違って、法規（タテマエ）の策定によらず、政治そのものの運用や展開（ホンネ）に委ねるかたちで、いわば「生の」まま積み上げられるスタイルによって、形成されることが、通例だったからです（同様に、「私法」の展開においても、法規の成り立ちが、「司法の実績＝ホンネ」に依りかかる傾向が、あります）。もう一つは、タテマエ世界のこととして、どのような文言で法規を構成していくか、という、純粹に「技術的な」ポイントに関係するものです。現代的な感覚からしますと、法規については、それが、論理的に整然と組み立てられ、明晰な内容を持ち、簡明な表現形式を具えていることが、当然のように、要請されますが、古今東西の国家においては、さまざまな事情により、そのレベルにまでは到達していないケースが、圧倒的です。歴史上、「法の国」として名高いローマにあっては、法規の「精度」は、かなり高いものとなっていますが、それでも、実際のところ、現代の法規の水準にそれを当てはめてみれば、その表現形式が「古代的な」産物である、と見られても、しかたがないところが、あります。いずれにしても、結論を先取りするなら、本項で取り上げる「ウェスパシアヌスの命令権に関する法律」は、先の二つの「側面」に関して、重要な内容をはらんでいる点で、異色の作品と言って、差し支えないでしょう。

(2) 本項では、「ウェスパシアヌスの命令権に関する法律」の、オリジナルな資料（正文）を素材として、ローマの立法技術の一端を観察することにしたします。この法律史料につきましては、古山正人・中村純・田村孝・毛利晶・本村凌二・後藤篤子編訳「西洋古代史料集」（一九八七年・東京大学出版会）の一六七ページ以下に、邦訳が掲載されています。以下に、その内容の、ほぼ全体の紹介と、筆者のコメントとを組み合わせながら、いくらか分析を進めていきましょう。なお、訳文中の括弧内の表現は、筆者が付けたものです。

この法律は、一〇〇年ほど続いた「ユリウス・クラウディウス朝（初期帝政）」が断絶してしまった後を受けて引き起こされた、有力な将軍たち相互間の軍事的対決において勝利し、そして、六九年に、実力で、見事に元首（皇帝）のポストを手に入れた「ウェスパシアヌス」という人物が、自身の、「法制（タテマエ）上の」地位を明確にしようとして、共和政の、正規の立法機関である「民会」に、制定させたものです。青銅板に記されていたこの法律は、幸いにも、一四世紀の中頃に発見されました。そこには、彼が保有することになった「命令権（政治的高権）」の中味が示されています。この権利は、共和政の

初期から存在している、由緒ある、最高級の「公権」です。さて、この法律の中味は、以下の通りです。

(a)「神皇アウグストゥス（初代の元首＝皇帝）、ティベリウス（二代目の元首＝皇帝）、および、クラウディウス（四代目の元首＝皇帝）に対して認められていたのと同様に、望むところの者との同盟関係の締結が認められるべきこと」・・・三代目の元首＝皇帝であるカリグラ、および、五代目の元首＝皇帝であるネローについては、言及が、ありません。彼らの国制上の権力基盤がそれほど明確でなかった上に、その行状が芳しくなかったからでしょうか。「同盟締結権」が主題となっているのが、この条項のポイントです。対外的な国際関係についての条項を、法規定の初めの部分に登場させる、この法規の構成は、何やらモダンで、興味深いスタイルですね。これは、深読みすれば、「外敵との戦に明け暮れた、戦いのプロ」としてのウェスパシアヌスが、支配権を手に入れたことの反映、ということになるのかもしれません。なお、(b)以後は、国内関係の問題についての条項です。

(b)「アウグストゥス、ティベリウス、および、クラウディウスに対して認められていたのと同様に、彼には、元老院を招集し、議案を自らあるいは委任を通じて提出し、報告と採決によって元老院決議をなすことが認められるべきこと」・・・これは、即位にさいして、「シヴィリアン（文官）」の資格をほとんど持っていない、軍人（武官）の「ウェスパシアヌス」が、元首が国家の支配者として君臨している、元首政時代の初期にあっても、共和政以来の、隠然たるパワーを誇ってきた「元老院」との関係を円滑にするために、特に設けた条項の第一弾です。

(c)「彼の発意または同意によって、あるいは指図または委任によって、あるいはその面前において、元老院が開催されるときは、あたかも法によって元老院が招集告示され開催されるかのごとく、あらゆる事柄の規範が有効に遵守されるべきこと」・・・これは、先の条項に続く、第二弾のものです。

(d)「公職、職権、最高指揮権あるいは高級公務のための候補者にして元老院およびローマ国民に皇帝が推薦した者には、または、帝の支持が与えられたか、約束されている者には、このための民会において、格別の配慮がなされるべきこと」・・・ここは、共和政時代に、元老院と並んで重要な役割を果たしてきた政務官の流れを引く公職者を、民会が選定する場合に当たって、ウェスパシアヌスが特別の役割を果たすという、高い地位にあることを、認めさせる条項です。

(e)「クラウディウスに認められていたのと同様に、ローマ市聖域の前進や拡張は、国家の公益になると判断した場合、皇帝に対して認められるべきこ

と」・・・これは、宗教上も、法律上も、重要な意味を与えられている「聖域」というものを変更する権限の保有について記した条項です。

(f) 「アウグストゥス、ティベリウス、および、クラウディウスにあるのと同様に、国家にとって有益でありかつ聖俗公私の事柄の尊厳に相応しいと判断されるのであれば、それらのいずれをも実施する権能と職権が皇帝に認められるべきこと」・・・このところは、本法律の条項の中で、最も重要な部分と言ってよいでしょう。「国家にとって有益であり、適切であると、ウェスパシアヌス個人が判断することは、すべて、正式に、彼が実行に移すことができる」ということが、一般的に、記されているからです。理論的に言えば、このような「一般条項」さえあれば、新しい元首（皇帝）の権限・権能は完璧なものになりますが、それでも、抽象的なものよりも、具体的なものを、取り上げていくスタイルを好むローマ人には、個別分野について条項を立てるといった、立法スタイルの方に、説得力があったのかもしれません。共和政時代の「執政官」も、最高位の命令権を保持していましたが、それは世俗的な事柄についてだけで、宗教的な事柄の処理は、神官の専権事項でしたから、新元首の、この地位は、文字通りの全権を保有する、古の「王」のそれに匹敵するものでした。

(g) 「アウグストゥス、ティベリウス、クラウディウスが拘束されないと規定された法律および平民会決議について、ウェスパシアヌス（ウェスパシアヌス）は、これらの法律および平民会決議によって制約されるべきではなく、また、いずれの法や提案にしろ、それに従って、アウグストゥス、ティベリウス、クラウディウスが実行しなければならなかったことについては、そのすべてを実行することがウェスパシアヌス（ウェスパシアヌス）に認められるべきこと」・・・ここで、元首＝皇帝には「法規遵守」の義務が免除されるという、元首政の伝統的なルールが高く掲げられています。(h) のところに出てくるような、「有益で、適切なことなら、すべてのことを実行できる」と言い切ってしまう規定があれば、ウェスパシアヌスが「法規に縛られない」姿勢を取っても、当然に許されるのでしょうが、ある意味では「法治国家」であった「共和政ローマ」における、「法規遵守」という「伝統」の存在を意識して、このような条項が、わざわざ置かれることになったのでしょう。

(h) 「この法の提案以前に、ウェスパシアヌス（ウェスパシアヌス）によって、あるいは、彼の指図や委任に基づく誰かによってなされた処分・取り決め・採決・命令は、国民または平民の承認で実施されたのと同様に、正当にしてかつ有効であるべきこと」・・・これは、彼が、軍事力により政権奪取に成功した時期から、本法律が提案される以前の、彼の行動や、彼によって処理された事柄を有効なものとしておくための、重要な規定です。つまり、彼は時代を遡って、自身の措置をクリーンなものにしておいたわけです。なお、この資

料の初め部分は欠損していますので、正確なことは判りませんが、以上の、条項解説中の表記において「ウェスパシアヌス」となっている部分についての、正文中の表現は「最高司令官・カエサル・ウェスパシアヌス（ウェスパシアヌス）・アウグストゥス」です。「カエサル」は、共和政末期の武将である、あの「カエサル（英語読みでは、シーザー）」の個人名が、「支配者」を指す一般名（尊称）に昇格したものです。それから、その養子である「アウグストゥス」も、元首政の創始者である「オクターウィアヌス」の個人名が、「支配者」を示す一般名（尊称）に昇格したものです。このようにして、ウェスパシアヌスは、個性の強い、「ユリウス家」出身の政治的実力者二人の、飛び切り高い「知名度」や「権威」を大いに利用して、自身がその人脈に繋がるパーソナリティーであることを、世間に対して強力にアピールしたかったのでしょう。ここには政治的な目論見が見えていますね。

（３）以上は法律の本文ですが、それに続いて、「施行細則（サンクティオー）」が、置かれています。「もし、誰かがこの法に従って、法律、議案、平民会決議または元老院決議に反して執行したか、執行するならば、あるいはまた、もし、誰かが、法律、議案、平民会決議または元老院決議に従って執行すべきことを、この法に基づいて執行しないならば、その者には危害が加えられるべきでなく、また、このことのために、国民になにかを与える必要もなく、また、このことについての訴訟や裁判がその者に対して行われるべきでもなく、更にまた、このことに関してその者に対する訴訟を許可すべきではない」・・・この一文は、よく考えて起草されているのですが、私見によれば、かなりローマ法的な特徴を持っていて、晦渋な、持って回った言い回しに溢れている作品です（この法案を起草したのは、紀元後一世紀の段階で、法学全体のレヴェルが向上しことにより、すでに相当な学識を身に付けるようになっていた、エリート法学者の内の誰かでしょうが、彼ら法学者たちには、こういった表現が、ごく普通のスタイルなのでした）。要するに、ここでは、問題の法律が、他の、伝統的な法規範よりも上位にあるものと、位置付けられている関係で、市民が、問題の「新法」に素直に従っているかぎりには、その人には、法的には、何らの問題も、不利益も、降り掛からないと、高らかに宣言しているのです。こういった趣旨のことが、わざわざ、法規の中に記されるのは、この法律が、かなり「特異な」要素を持っていたことを、暗示しているかもしれません。なぜならば、ローマでは、伝統的に、新法規と旧ルールの間柄が、かなり曖昧で、ルースなものとなっていることが少なくない関係で、両者が交錯する場面がしばしば見られるからです。いずれにしても、この立法作品は、政治的に見て、かなり高級な産物です。ローマには、この時代まで、いわゆる「憲法」のような法規は存在しませんでした。ここにきて、初めて、「憲法レヴェルの」、高次

の法規によって、国家元首の権限が明確に法定されることになったと、言えるかもしれません。以上の事項を総合的に観察すれば、「法治国家ローマ」の伝統は、絶対的な支配者の取り仕切る環境の下でも、それなりに健在だったのです。

### (Ⅲ) 「タテマエ」と「ホンネ」を駆使した法技術

(a) これまでの解説には、「タテマエ」と「ホンネ」という「二項対比的な」キーワードが、分析手段として、しばしば登場しているのですが、このような、筆者個人の、おそらくは独特の「分析視角」の「中味」につきましては、筆者の近著「タテマエ・ホンネ論で法を読む」(現代人文社・二〇一七年・九七ページ以下および一〇九ページ以下)の記述を御参照頂ければ、幸いです(その作品においては、現代日本の「法事情」についての分析が、展開されています)。序に申しますと、日本という国は、社会現象全般において、「古代ローマ」の場合と何やらパラレルなかたちで、「タテマエ」と「ホンネ」を使い分けることにより、各種の「摩擦」を低レベルのものに押さえ込む「ノウハウ」を、ちゃんと保有しているのではないのでしょうか。もしそうだとすれば、この辺りの状況を、「比較法文化論」の視角から、新たに分析の対象としていくことには、意味があるかもしれません。

(b) 以下に展開する部門については、「法技術」という表題が付けられていますが、実を言えば、そこには、「政治的な技術」を論ずる項目も、含まれています。これは、古い時代においては、広義の「法」が「政治」を包み込む存在となっていたと考えられる状況がある点を考慮したためです。成文法・制定法(狭義の「法」)が法の主力ではなかったローマでは、「法」の取り仕切るテリトリーが必ずしも明確に設定・構築されていなかったために、「政治」と「法」の交錯が随所に見られますので、「広い意味における法技術」という視点から、「政治的な技術」にも目配りをしながら分析を施す方法を、選択することにいたします。

#### (一) 法学者と弁論家

(1) ローマでは、「法」というものが展開するフィールドで「私的に」活動する、「プロフェッショナルな」人物としては、「法学者」と「弁論家(弁護士)」という、二種類の人が、存在します。まず、「法学者」というパーソナリティーは、ローマ法の歴史的な生成・発展の全過程において、かなりユニークで、しかも、極めて重要な貢献をした存在です(彼らは、現代で言われるところの「法曹」とは、かなり違った顔を持っていますが、まちがいなく、「ジュリスト」でした)。そのことは、学問の世界で、「ローマ私法は法曹法である」と称さ

れていることから、知られますね。「法を編み出したのは誰か」という、基本的な問いに対する答えの一つが、ここに見えているのです。ところで、現代日本の私法は、あの「六法全書」という書物の姿から窺えることなのですが、「制定法＝成文法」の形式で、堂々と存在しています。法学研究と法学教育に従事する日本の法学者たちは、当局の立法作業に参画するとともに、現場の裁判官に対してもさまざまな影響力を持っていると推測されますが、そういったものは、どちらかと言えば、「裏方」としての仕事に属するでしょう。これに反して、ローマにあっては、各時代によってその役割や意味はさまざまに異なっているとしても、法学者は、法の「表舞台」の主役の一人なのでした(厳密に言うなら、この人物は、正に表の法廷に立つ、裁判の管理者としての法務官＝公職者と、表裏一体となって、動いていく役割の人でしかありませんが)。

(2) さて、紀元前のローマ共和政の初期に、古来、「神の法」と併せて、「人の法」を管理する任務を帯びていた、「神官」という「宗教官」の後継ぎのようにして登場してきた「法学者」は、現代においてもそうであるように、いわゆる「法律問題(タテマエ)」を扱うだけでして、「問題となっている事実が果たして本当に存在するかどうか」などの、いわゆる「事実問題(ホンネ)」の解明にまでは、踏み込んでくれません。例えば、何らかの法的トラブルの処理に関して、法学者が、市民などから、日常の場において助言を求められたさい、彼は、ひとまず、依頼者によって言い立てられている、トラブル関連の「事実」が「真実」を指し示しているものとしておいた上で、それに法的な考察を施して、「鑑定」のようなものを提供するだけです(これは、日本の、巷の「法律相談」などにおいて、担当の弁護士が取る姿勢とも、似ています)。依頼者がそのことに不満を言い立てようものなら、その法学者は、「そういう事実論にまで踏み込むことは、私の本来の仕事ではない」といった、冷やかな対応をすることでしょう(もちろん、その例外はあるはずですが)。

序に、その辺りの事情を簡潔な言い回しで示している、ラテン語の表現が、ありますので、これを御紹介しておきます。「このこと(事実問題を吟味すること)は、私たち(法学者)に関係することではなく、キケローに関係することである」が、これです。この命題は、前一世紀の、トップクラスの法学者であったアクィーリウスが、同時代の、有名な弁論家であったキケローを、名指しで引き合いに出して述べている、興味深い資料です。つまり、法学者は、「事物の性質(とりわけ、法的な意味＝価値)」については、プロとして、関心を抱くけれども、その事物が真実を示すものであるかどうか、といった問題について議論したりするのは、管轄外のことである」と、言っているようなのです。ひょっとすると、ここでは、彼は、「事実」をもてあそぶ傾向があり、「黒でも、白と言いくるめかねない」弁論家に冷たい眼差しを向けているのかもしれない



ん。もちろん、それに対抗して、弁論家側が、「文言や論理をもてあそぶ」法学者に対して、批判の言葉を投げ掛けることも、あります。共和政末期に、文化面で先進的なギリシアが、敗戦によりローマの支配下に入った結果として、その地で磨かれてきた「弁論術(レトリック)」の、学識上の成果がローマへ流入し、これが初期段階の「法学」に張り合うだけの力量も具えるようになりましたが、紀元後の時代の法学隆盛期の段階では、「弁論術」の重要性と「法学」の重要性との間には、格差が生まれ、「弁論術」は、「法学」に圧倒されます。そして、これらは、「住み分け」状態で、その後の歴史に、それぞれに、存在感を示し続けることになりました。

このように、表題に示された「法学者」は、タテマエ(理論・論理)の世界で動く人物なのですが、他方で、表題に示された「弁論家」は、ホンネ(事実論)の世界を主戦場としている人物です。具体的に言えば、民事裁判と刑事裁判の両局面において、主として事実問題を巡って「法廷弁論」を依頼人のために展開するのが、彼らの、弁論家としての仕事なのです。単純化して表現するなら、法学者には、「論理＝理屈(タテマエ)」がすべてですが、弁論家には、現場での「言葉＝語り(ホンネ)」が、武器だったのです。

(3) もし、裁判を管理する法務官(執政官に次ぐ高位にある公職者＝政治家)が、現代の裁判官のように、裁判手続全体をコントロールし、判決を下していく仕組が、ローマで採られていたとすれば、彼は、具体的なトラブルを解決するために、まず、適用できる「法規」を発見し(これが「法律問題」の解明に相当します)、原告側から申し立てられている「事実」を確定して(これが「事実問題」の解明に相当します)、それに法規を当て嵌めて、判決を導き出すことになるのでしょう。しかし、ローマ法を実質的に生み出した共和政ローマには、まったく違った風景が、展開していました。例えば、彼は、「司法官」であっても、「裁判官」ではないとも、言えるからです。

(4) この国では、比較法上かなりユニークな、民事裁判手続の「二分制＝二段階制」が採用されていまして、法務官は、第一段階の「法廷手続」においてだけ、裁判指揮者として立ち現われ、第二段階の「審判人手続」では、私人である「審判人」に判決の言い渡しを全面的に任せたまま、その場を不在にしています。このように表現しますと、彼が、無責任な「司法官」であるように、人の目に映ることでしょう。実は、そうではなくて、ここには、ローマ人の優れた「法技術」・「管理技術」・「政治的な技術」を実証してくれる要素が、見えているのです。以下に、その点を、少し、観察してみましょう。

(5) 法務官は、当初は、国全体で、二名しか、いませんでした。その内の一名が、市民間の民事裁判の担当者です(法務官の員数は、後代には一〇にまで増えますが、民事担当の法務官は、それまでのように、「市民掛法務官」と「外

人掛法務官」との二名編成です）。実際問題として、やたらに時間の掛る「事実審理(事実認定手続)」に手間を取られては、「文武の大権」(その中では、軍隊を指揮する権限が、最も重要です)の保有者としての本来の任務が、おろそかになります。彼は、裁判のお膳立てをするだけにして、「省エネ」スタイルを貫く政治的配慮を働かせ、裁判のお膳立てをやっておくだけにして、裁判任務の後半の部分を他人任せにしたのでしょう。それに、「一年勤務制」の法務官は「法の素人」にすぎませんから、彼が、有能な「審判人」を凌ぐような能力や感性を具えているとはかぎらない、といった事実状況が背景にあることも、いくらか、作用しているはずです。

(6) 彼には、とりわけ、歴史上、第一の「法律訴訟」に続いて登場してきた、いかにもローマ的な「方式書訴訟手続」にあつては、在野の知識人である法学者の知恵をフルに借りて、具体的な紛争事案に対応する法＝ルールを「発見・考案・設定・活用」して、訴訟の「構図」を決定していく必要が、あります。彼が、裁判に持ち込まれた、具体的な事案に適用する法を設定するさいのルートとしては、二つのタイプが、があります。一つは、毎年交代して法務官ポストに就任する人物が、それぞれの任期の初めに、前任法務官たちの、訴訟指揮上の実績をベースとして、自身の手で「告示」という書式を世間に公示しておく場合のものです。これは、言ってみれば、「訴訟指揮の心構え」のような存在ですから、「タテマエ系」の産物ですね。他方は、彼が、必要に応じて、その告示に予め記載されていない法ルールのようなものを、裁判の現場で、暫定的に、「裁き」の基準法規として設定しておく場合のものです。これは「ホンネ系」の産物です。もちろん、後者の方がクリエイティブですね(それがあまりにも不合理なものであれば、同僚、もしくは上司に当たる執政官から、「差止権＝拒否権」が行使されて、せつかくのアイディアも、具体化することはないでしょうが)。いずれにしましても、判決を下す任務を法務官から与えられた審判人は、法務官から渡された、具体的な訴訟事実を絞った「訴訟プログラム(要綱)」である「方式書」の枠組に完璧に縛られるかたちで、「原告によって申し立てられている事実が本当に存在しているかどうか」だけを判断し、それを基準にして判決を最終的に決定するのです。

(7) 次に、法学者と並んで、法の世界に登場する「弁論家」(彼は、もろもろの儀式向けの弁論や、政治演説のほかに、各種の法廷弁論を展開するための技術として開発された、「弁論術＝レトリック」という、ギリシア仕込みの特殊技術をマスターしています)が、弁護士として登場するのは、表舞台である、「審判人」が取り仕切る、第二段階の「審判人手続」の場においてです。彼は、「事実問題」を、法務官が当該事案向けに用意している「法ルール」に当て嵌めながら、依頼者に有利なかたちで議論をしていくのですが、「事実論(事実が存

在するかどうか、について論証する議論)」を巡って、「法の素人」である一名の審判人の心情に訴えることにより、依頼者に有利な判決を引き出す仕事こそが、弁護人の任務です(法学者が弁護人として立ち現われるようなケースは、ほとんど、ありません)。「タテマエ(法律論)」を扱う「法学者」と、「ホンネ(事実論)」を扱う「弁論家」とが、仕事の「住み分け」をするという仕組みは、かなり合理的な発想の成果と、言えるでしょう。物事の処理をする過程を「分けて考える」といった考えかたは、ローマ人御得意の「技」なのでした。

(8) ローマも後代になりますと、現代の場合のように、裁判の構造は、職業裁判官(キャリア)が、「法律問題」と「事実問題」を総合的に判断して、自ら判決を下すシステムへと、移行していきます。この流れは、現代にまで及んでいます。

(9) 以上の話は、民事訴訟に関係するものですが、一方、「査問所」という、共和政下の、中軸的な刑事法廷では、弁論家が、現代流に言えば、「検事」の役柄を引き受けて、被告人を訴追していきます。そのさい、彼は、「事実論」はもちろんのこと、法的な規定やルールを吟味する「法律論」をしっかりと展開する仕事にも、神経を集中する必要があります。法学者が、民事問題についてしか興味を示さない関係で、弁論家は、刑事問題の法的側面を扱う「専門家」の顔も、しっかりと持つようになりました。彼は、その仕事をマスターするには、「法的な知識」を身に付けることに、相当のエネルギーを割かなければなりません。ちなみに、彼には、相手方の、被告人の弁護人として立つ弁論家仲間と激しいバトルを展開していく必要があることも、重い負担になります。ここでは、弁論家の能力が問われ、有罪判決を獲得するか、弁護に成功するかを巡って、仲間内の、プライドを賭けた競争が、目に見えるかたちで展開されるからです。

## (二) ローマ市民法のタテマエとホンネ

(1) 広い意味における「市民法(ユース・キーウィーレ)」というのは、日本語の「私法」と、おおよそ対応している言葉ですが、以下に、このような「市民法」の多様な要素や側面を、ごく簡単に、説明していきましょう。

(2) 古代ローマの法は、全体を通観してみますと、古今東西の、比較的古い、歴史的な法の場合と同様に、現代の各種の法が示しているような、統一性・一体性・理論性・体系性(これらは、いわゆる「大陸法」の系統に属する法の場合にだけ当てはまる性質ですが)に欠けるところが多くあり、全体として、可變的で、多層的で、しかも雑然とした産物です。ローマが現代の私たちに遺してくれた法資料は、あの「聖書」の一・五倍にもなるということですが、しかし、これは、「立派な法体系」を示すものとなっているわけでは、ありません。

共和政時代から、元首政を経て、本格的な帝政に至るまでの各政体の枠組の中で、それぞれの時代の要請に対応しながら、生成・発展・進化・後退・復活を経験したローマ私法は、抽象的に言えば、もろもろの「タテマエ(正規のもの)」と張り合うかたちで、それよりも格下の、もろもろの「ホンネ(タテマエを修正するもの)」が、それなりのステイタスを獲得していった結果、編み上げられた「統合体」なのです。

ローマには、法の全領域を射程に収めるような「成文の法典」というのは、前四四九年産の「一二表法」と、後六世紀前半の時期に大々的に編纂された、いわゆる「市民法大全(コルプス・ユーリス・キークウィーリス)」しか、存在していません(もっとも、その中間期の四三八年に、歴代の皇帝たちが発布してきた「勅法」を収録した、「テオドシウス法典」という立法作品が生まれましたが、これは、広い法域にわたる立法事業が不成功に終わった後を受けて、「次善の策」として生み出されたものです)。共和政時代に関するかぎり、個別の法律が、法典不存在の空白部分を、それなりに、カヴァーしていたのです(もっとも、民事問題を規制する法律の数は、現代にまで伝えられているものに限ってのことですが、それほど多くはありません)。そのほかにも、その、タテマエとしての「法規」を、ホンネとしての「事実上の制度」によって補完していくルートが、数多く開発されてきました。

(3) その成果の一つは、個々の民事裁判の現場で、アド・ホック(に)形成されていく「名誉法(ユース・ホノーラーリウム)」系列の制度です。これは、裁判管理を任務とする歴代の法務官(最高位の執政官に次ぐ位置にある政務官＝公職者＝政治家)が、自身の保有する「名誉(ホノル)」を背景としながら、裁判の現場で長年にわたって編み出してきたものですから、実質的には、「裁判慣習法」の一種と見てよいでしょう。もう一つの成果は、これと重なり合うところもありますが、「万民法(ユース・ゲンティウム)」系列の制度です。こちらは、ローマ人と外人(他共同体の自由人市民)が、同じ資格で、法の適用を享受できる、という緩やかな仕組を備えた法のことですが、「ローマ法は市民権保持者にのみ適用される」という大前提が崩された結果、ごく自然に生み出されてきたものです。結論的に言えば、「市民法—名誉法」という、「法の生成形式の面」での対比と、「市民法—万民法」という、「法の適用範囲の面」での対比が、成り立つわけですね。格(タテマエ)の上では、「市民法」が、「名誉法」および「万民法」に対して、圧倒的に優位に立っていますが、実効性(ホンネ)の上では、「名誉法」も「万民法」も、大いに存在感を示すものにまで、成長しました。なお、これら両者の法グループを開発・運営し、しっかりと制度にまで仕上げたのは、「現場の、裏方の人」である「私人法学者」たちです。

(4) 現代では、新しい法システムを立ち上げようとするさいには、これにマッチしないような古い部分は、廃止の手续を通じて、カットされてしまいます。しかし、何事に付けても「自然体」をことのほか愛するローマ人は、旧来のシステム(いわばタテマエ＝原則)の横・後・下・裏に、新しい発想を盛り込んだニュー・システム(いわばホンネ＝例外)を並列的に置くやりかたを、しばしば採りました。そして、もし、後者によって得られるメリットが、目に見えるかたちで世間に認められ、その結果、後者の方が、多く利用に供される事態になれば、いつの間にか、「新旧」の「主従」関係は、逆転してしまいます。古いものは、「不使用」により、自然に滅びていくしかないのです。

(5) 法学者は、日々の日常活動(法学教育や著作の執筆も、そこに含まれます)の中で、目前に提示された具体的事案に即して、法を「発見」したり、「考案」したりしますから、彼らの手によって編み出された、「法曹法」としての、広い意味における「市民法」は、「事例対応型＝アド・ホック型」の「事例法(ケース・ロー)」の特質をかなり色濃く示すものでした。しかし、帝政時代に入りますと、皇帝が法の上に立つ存在となったために、法の構造に大変化が起こり、その法には、「お上」のリードの下に、「権力性・強行性」が新たに付着し、同時に、「体系性・総合性」も、それなりに芽生えてくるようになりました。共和政時代から帝政時代にかけて「膨張」を続けてきたローマ私法は、このようにして、「帝国私法」へと収斂していくのです。なお、現代の私たちが「ローマ法」研究の素材としているのは、ほとんど、この段階のものです。そのようなわけで、ローマ法の「歴史的展開」を時代に即して明らかにする作業は、残念ながら、とても困難です。それでも、古代のこととしては、資料が豊富に残っているおかげで、大筋においては、「ローマ法の歴史的イメージ」は、現代の私たちに、かなりの程度、伝わってきています。

### (三) 共和政ローマのタテマエとホンネ

(1) 日本では、「ローマ」と言えば、「王政ローマ」および「共和政ローマ」の後を受けて、長期間にわたって国家を維持してきた「帝政ローマ」のことが、まず世間の人の眼に浮かぶでしょうが、しかし、筆者個人としては、古代ギリシアの都市国家であるアテナイの「民主政」の場合と、基本部分において、ほぼ同じような体質を備えた「ローマ共和政」の存在に注目したいと、考えています。「ローマ共和政」と「アテナイ民主政」では、程度やニュアンスにはかなり違いがありますが、それでも、実を言えば、それらには、どこことなく「モダンな」雰囲気も、感じられますね。

(2) 共和政という政体は、前七五三年に建国されたと伝えられる、ローマの最初の政体である「王政(その前半期の「土着のローマ人の系統」のもの)と、後

半期の「外来系＝有力な異民族であるエトルースキーの系統」のものとの、二グループからなっています)」が、前五〇九年に打倒されて、誕生したものです。まず、歴史的には、前四世紀前半に共和政の制度が確立されて、その後、それが、安定期に入り、最終段階では、前二世紀後半から混乱期に突入するという過程が、見られます。その歴史的な流れの中で、前二七年に、「共和政」と「帝政」の中間に位置するものと見られる「元首政(ある意味では、初期帝政)」が成立し、その後、きっぱりとした姿の「専主政(ある意味では、後期帝政)」が生まれ、この状態で、ローマ国家は、東ローマと西ローマで、それぞれ、異なった運命を辿りながら、滅亡へと向います。「西ローマ」の消滅＝滅亡は、四七六年で、そして、「東ローマ」の滅亡は、一四五三年です。

(3) それでは、本論に入りましょう。ローマ共和政の国制の中軸を構成するのは、「元老院」と「政務官(公職者＝政治家)」と「民会」の三者です。これらは、互いに、密接に、しかも複雑に絡み合うかたちで、動きます。

(a) 「元老院」は、その起源を辿れば、すでに王政の時代から存在していた、氏族の長老たちの集まりです。そこへ、各種のルートから、上流の貴族が入ってきて、その構成員の数は、大きく膨らみます。それは、平均的には、三〇〇ですが、六〇〇、九〇〇といった数の例も、ありました。この組織は、法上の「権力(タテマエ)」ではなくて、政治的・社会的な「権威(ホンネ)」を、その力の源泉としています。元老院議員は、終身、その地位にありましたので、その「権威」には厚みがありました。元老院は、その後の帝政時代においても、皇帝によりそれなりに尊重されて、かなり長い生命を保ちます。

(b) かつての王政時代の「王」が保有していた世俗的な地位を、王政崩壊後に引き継ぐことになった「政務官」(その頂点に位置するのは、二名制の執政官です)は、自身の保有する「命令権(政治的高権)」をフルに活用して国政全般をリードする、アクティブな行動力を特徴としていましたので、タテマエ的には、最上位に位置しているように見えるでしょう。しかし、ホンネ(現実)のフィールドでは、政務官は、政務官経験者たちが数多くいる元老院の意向や動向には、気を配らなければなりません。つまり、政治的な「力関係」では、両者の間には、「格差」が歴然と存在しているのです。個々の案件に関する彼ら元老院議員の「助言(タテマエ＝理論上の位置付けによれば、このようになってきます)」は、「命令・指示(ホンネ＝現実上の位置付けによれば、このようになってきます)」に等しいものでした。各段階の政務官は、各種の民会において、選挙方式で選任されます。政務官のシンボルであった執政官職は、元首政(帝政)時代の後三世紀まで、かたちを大きく変えながら、存続していきます。これは、単なる「名誉職」として気安く与えることができますから、皇帝には、十分に使い道があったからでしょう。

(c) 「民会」において、現代風の「主権在民」のシステムが取られている、とまでは言えませんが、それでも、タテマエ論(制度論)としては、民会のステイタスの高さに注目していく必要が、あります。民会は、政務官の選出母体であるだけではなく、法律制定の権限も保有しているからです。ところで、民会が市民の意思・意向を忠実に反映してくれる組織であるか、という点になりますと、否定的な見方が有力です。富裕層に有利な選挙形式が支配的ですし、いわゆる「一票の格差(各投票ユニットを構成する市民数に、差があること)」は、想像以上のものだからです。民会が最後に立法に関わったのは、後九六年のことと、伝えられています。

(4) ローマ共和政という政体は、一見したところ、それなりに、もろもろのタテマエによって支えられていますが、実のところ、もろもろのホンネが絡みあってくるゾーンで、各種各様の調整が行なわれて、時代の要請にマッチするように編成されていった「軟らか構造」の作品です。互いに性格の異なる、「元老院」と「政務官」と「民会」の三機関の、絶妙なバランスの存在が、共和政を永続させた秘密ですね。ローマ人の「バランス感覚・平衡感覚」は、なかなかのものでした。これも、法技術の展開例の一つと位置付けておきましょう。

ところで、前二世紀中頃、ローマに征服されたギリシアから、戦後処理の一環として、各敗戦国(都市国家)の有力な政治家が、多数、いわば「人質」のようにして、ローマへと連れてこられたのですが、その中に、後にローマで厚遇を受け、ギリシア流の知力を具えた「知識人」として活躍するようになった、歴史家の「ポリュビオス」という人物が、いました。彼は、ローマの興隆を目の当たりにして、その成功の秘訣が「混合政体」の運用にあると、見ます。つまり、「政務官」が、「君主政」を、「民会」が、「民主政」を、そして、「元老院」が、「貴族政」を、それぞれ、体現していると、するわけです。ギリシア人が大好きな「タテマエ論(制度論)」からすれば、そういった見かたも成り立たないわけではありませんが、しかし、「ホンネ論(現実論)」からすれば、そのような「きれいごと」では、説明が付かないでしょう。実質的には、元老院の圧倒的優位が確立されているからです。

#### (四) 方式行為と無方式行為

(1) 「方式行為(形式行為・要式行為)」は、所定の方式の枠組・構造の中にきちんと埋め込まれたかたちで展開される、人の行動形態です。ここに形式の支配＝縛りが強いことに着目して、これを「タテマエ的システム」としておきましょう。これに対して、「無方式行為」は、人の行為・行動・振る舞いが、さまざまな状況下で、人のホンネの命ずるままに、自在に展開されるものです。これを「ホンネ的システム」としておきましょう。

(2) 公の場で、儀式に則って、立会人・証人も交えて取り行なわれる「形式行為」には、「公開性」と「公示性」が確保されるという、「実体面」でのメリットが、あります。それに加えて、裁判の場で、問題の行為について「揉めごと」が発生したとき、形式行為の関係者が、自身の主張を裏付ける資料として、そういった行為の存在の証拠付けに利用できるという、「手続面」でのメリットも、ありますね。

(3) 古い時代のローマでは、任意の言葉＝文言を口頭で述べたりすることによりなされる、ルースで「牧歌的な」行為・行動も、あったことでしょう。こういったところでは、「口約束」といった、軽い類のものでも、立派に「約束行為」として認められたに違いありません。しかし、社会が複雑化してきますと、私人と私人との人間関係や、国家(共同体)と私人との社会関係をスムーズに運用していくための、「形式を軸にした規制」のアイディアが、制度化されるようになってきました。ローマは、外向きのフィールドにおいては、「軍事大国」であると同時に、「通商大国」でしたから、当然のことながら、外人(他共同体の市民)が、一方の当事者として絡んでくるようなタイプの商取引をスムーズに動かしていくために、ローマ人固有の発想から離れて、経済社会の「物の道理」にも従った賢明な法的規制が、いくつも開発されていきました。「方式自由な」行為が広がっていった要因の一つに、こういった状況が作用しています。このような、外からの刺激がなければ、ローマ法は、「世界法・普遍法」としての長所を磨いていくことは、できなかったでしょう。本題の、「無方式行為」という、ニュータイプの行為形式は、いかにもローマ人らしい「形式軽視」の発想が具体化した例の一つと、見ておきます。彼らが、文化的先進地帯であった、広大なヘレニズム世界の「取引慣行」を法世界に受け入れることによって、方式の束縛から自由な、人の自然な動き＝行為＝行動にも、法的な価値を認める気風が、しだいに有力になってきたのです。

(4) 次に、「無方式行為」が存在感を示した例を、二つだけ、挙げておきましょう。まず、物権法の領域においては、人の動作＝所作に重点を置く、高度の形式行為である「握取行為」や、法務官の面前での訴訟のかたちを巧みに借用した「法廷譲渡」を経由することなく、物を単に「引き渡す」だけで、権利移転が成立する仕組が、公認されるようになりました。これは、世間一般の人には、判り易く、簡便な、ホンネ型のスタイルですね。次に、債権法の領域においては、握取行為の場合と同様に、定型的な文言を両当事者が発することによって成立する、高度の形式行為である「問答契約」を経由せずに、単に両当事者間で「合意」が成立するだけで、「諾成契約」というタイプの契約が完成する仕組が、開発されました。



そのような流れを作ったのは、執政官に次ぐ、ナンバー2の政務官(公職者＝政治家)である法務官です。彼は、民事裁判の指揮者として、その職権をフルに活用しながら(その背後には、私人である法学者が、助言者として控えていました)、旧来の方式＝様式＝形式から外れた動きがあっても、場合によっては、それを法的に意味のある存在として受け入れ、それに対応するような「法ルール」を、具体的な訴訟の判断基準として、判決作成の任務を、法務官から与えられた審判人に示すのです。この新規の試みが翌年の法務官に受け継がれなければ、彼の努力は水の泡となりますが、法学者の知恵が発揮された、法務官の「訴訟指揮」には、重みがありますので、多くの場合、その暫定的なルールは、次年度以降の「告示(法務官が訴訟において利用する予定の法ルールの一覧表)」に取り入れられて、最終的には、法規範クラスが存在になっていくのです。

(5) ところで、方式行為と無方式行為とが混在する状況などは、現代の法関係者の眼からすれば、「法の混乱状態」そのものと感じられるでしょうが、「頭の軟らかい(悪く言えば、いい加減な)」ローマ人は、両者の間に歴然と存在する「ギャップ」など、あまり気にせず、かえって、その「遊び」の部分を楽しんで、そこからエネルギーをちゃっかりと貰うのでした。歴史的に見てみますと、対立的な位置関係にある二つの制度が統合されていくには、多くの時間が掛かるのが普通の経過ですが、彼らは、そのことなど、あまり気にしなかったことでしょう。この辺りの状況は、古代ローマ人といくらか似ている私たち日本人一般にも、それなりに、理解して頂けるのではと、思っております。頭の「堅い」正統派の方々から、「ルースな対応やファジーな発想は、レヴェルの低さを指し示すものである」といったように、こきおろされるのが通例でしょうが、「社会工学」の見地からは、これも、あるいは、一つの「知恵」として、認知されるかもしれません。

#### (五) 権力による支配と権威による支配

(1) 筆者の理解では、「権力(これには、法＝タテマエに基づいて展開されている、オーソドックスで、固定的なタイプのもものと、単なる実力・ゲバルト＝ホンネによって事実上獲得されているだけの、リアルで不安定なタイプのもとの区分が、あるでしょう)」は、強制力を本質的に備えている、「上から目線の」強固なタテマエで、「支配」の武器としては、最強のものです。その一方で、「権威(アウクトーリタース＝オーソリティー)は、人が、公的な世界においても、私的な世界においても、自発的に、自由な判断に基づいて、「有徳の権威者」に服従の姿勢を示す、という「軟らかい」効果を引き出す状態を指すもので、「下から目線(?)」のホンネ、ということに、なってくるでしょう。余談ですが、日本人は、古来、何事に付けても、権威を重んずる国民のよ

うですから、この国では、権威というものの、事実上の力や影響力には、無視できないところが、確かにありますね。

(2) 筆者の観察するところでは、ある意味で最上位の位置にある「天皇・天皇家の権威」は、戦後政治の激変にも耐えて、今も、なお、しかるべく保たれているようですが、それ以外の、もろもろの、伝統的な「権威」は、しだいに下落してきているのではないのでしょうか。「家・家長の権威」や、「司法当局(裁判官・検察官)や警察の権威」や、「アカデミズムの世界における、学者・知識人の権威」の重み＝力には、昔日の面影は、もはやないのです。価値観が多様化し、すべてのことが「相対化」されていく現代日本では、それは当然のことかもしれません。

(3) 古代ローマという国家を全体として見てみますと、紀元前に展開された共和政時代(つまり、ローマの歴史の前半期)においては、硬い構造の「権力」と、軟らかい構造の「権威(家柄、品格、武勲などが相まって醸し出される雰囲気)」が、支配の両輪として、並び立っていましたが、しかし、歴史の後半期に展開された帝政時代には、「権力」が、単独で、支配の手段となります。こういった「権力」と「権威」の微妙な間柄を暗示するような一つの史実を、ここで紹介しておきましょう。

(4) カエサル暗殺後に、政敵を打倒して共和政末期の政治的大混乱に終止符を打ち、前二七年に、学問上「元首政」と位置付けられている新政権を確立したアウグストゥス(オクターウィアヌス)は、その「政治的遺言」とも言える、碑文形式の「業績録」の中に、「この年(前二七年)以後、私は、自身の権威によりすべての国民に優越したとしても、しかし、官職において私の同僚であった他の者以上の職権を掌握したのではない」というように、記しています。この表現から、「権威」をホンネとし、「職権」をタテマエとする「二項対比」の構造を読み取りたいと、筆者は、個人的に考えております。さて、先の言い回しは、かなり政治的なものなのですが、彼の思慮深さが、ここに滲み出たものと見ても、差し支えないでしょう。彼は、自身が「市民の第一人者」でしかないことを強調しますが、ここでは、ちょうど、共和政時代において、「元老院の第一人者(元老院会議において最初に発言する栄誉を与えられている、有力な人物)」が最高の「権威者」と扱われていたのと同じように、自身が国家最大の「権威者」であったということを、アピールしたかったのでしょう。

(5) この「権威」という言葉＝概念は、古来、「家長の権威」や、「元老院・元老院議員の権威」や、「法学者の権威」という表現で、日ごろローマ人に親しまれていたものなので、このような、「権威」という概念を彼が持ち出しても、それは、口当たりのよい言葉として、すんなりと人々に受け入れられたはずで、彼の築き上げた、「元首政」という新体制は、この「権威論」によって、

最終的に美化されたのです。それでも、彼は、実のところ、前四四年に、暗殺により非業の最期を遂げた養父カエサルが事実上掌握していた軍隊を「相続する」ようにして、そのまま引き継いだのですから、単なる「シヴィリアン」の枠を超えた「軍事的実力者」だったわけです。そこが彼の出発点なのでした。彼は、「法を使わないで所期の目的を達成する技術」を活用することにより、広い意味における「法技術」を駆使したことにも、なりますね。「元首政」は、タテマエにおいては、「共和政」の流れに沿ったものですが、ホンネの部分では、「帝政」色の濃いもので、全体的に見れば、「中間的な」政体です。この、いかにも「ファジーな」支配体制は、その特徴的な性格を少しずつ薄めながらも、二〇〇年近くも、続きます。この経過にも、「法(タテマエ)」を隠れ蓑にして、「事実(ホンネ)」を積み重ねていく、ローマ人御得意のやりかたが、見られますね。

(6) 元首政の崩壊の後に、いわゆる「軍人皇帝時代」の大混乱を收拾して、専主政(元首政を「初期帝政」とすれば、これは、「後期帝政」という位置付けになってきます)が、登場してきたのですが、これは、「権威」のような「生ぬるい」ものはきっぱりと捨て去って、いわば「裸の」権力を、露骨に、全面に押し出した政治体制です。ここにきて、帝政の原像がひとまず完成されました。

#### (六) 代理制の不存在と代理的な制度の存在

(1) 現代の私たちは、ある人物に、自身に成り代わってあることをやって貰う、という必要が、日常の社会生活の中でそれなりに生じていることを、知っています。例えば、病気の人や高齢者などが、家族などに「委任状」を渡して、役所などの窓口で何らかの手続をするようなケースが、それです(もっとも、詐欺行為が横行している昨今では、代理人の資格などのチェックも、昔に比べて、うんと厳しくなっています)。

(2) ローマでは、現代日本において「委任状」を用いる場合と同じようなかたちで、「委任」という法律行為(契約)が取り結ばれる場合が、あります。これは、例えば、ある人が、弁護士として、法廷で人の弁護を引き受ける場合のように、無償で(報酬が正式に与えられるのであれば、それ用の「合意の約束」という手続を取り付けておくことが、別に必要となってきました)、他人のための業務を処理することです。一方、「代理」は、堅い表現を用いますと、「ある法律的な行為の効果が実質的に本人の人格において生ずるという結果を伴う、技術的・観念的な、他人の行為」ということに、なります。つまり、「代理人」は、「自身の」名＝名義ではなくて、「本人」の名＝名義で、法律行為を実行していくのです。物流を高度に発達させていたローマでは、取引現場において、

このような「直接代理」の制度が確立していても、なんら不思議はないのですが、しかし、何事に付けても「リアルな」物の考えかたをするローマ人には、「他人の行動を介して、法律効果が、自身の許に、ストレートに及ぶ」などということは、あまり気持のよいものではなかったのかもしれませんがね。ちなみに、東方のギリシア・ヘレニズム世界は、理論や観念一つまり、タテマエに強いところを持つ人々の住むところだったせいも、そこには、そのような「直接代理」の発想は、確かに存在しています。現代日本の法制と深く繋がっている近代ヨーロッパで、問題の「直接代理」が制度化されたのは、一九世紀のことと言われてもいますから、「ローマ法の代理システムは、時代遅れの未分化なものであった」などと、簡単には言えないわけですね。

(3)ところで、ある意味では、合理的で、使い勝手のよいところも多くある、「タテマエ性」の強い「直接代理制」の開発にローマ人が手を付けなかったのには、いわば「ホンネ」の発露としての「間接代理」というものが十分に発達していたという、社会構造上の事情が、背景にあります。これは、代理人の役割を演ずることになる、ある人が、まず、「自身の名＝名義において、自身の人格への効果が及ぶ」かたちで、法律行為を実行し、その後、所定の約束に基づいて、問題の契約から生ずる法律効果を、そっくり、そのまま、「本人」へと移転していく、という「二段構え」のものです。そのような「間接代理人」の役割を果たすことを、本人からの「委任」によって引き受けてくれるような人物を身近で見付けることは、信義に溢れた友人たちや仲間を多く持っているローマ人には、ごく簡単なことでした。「委任」と「受任」の法的形式を通して、それぞれのサークルの中の人々が、日常事務の執行について「助け合い」をするのは、ごく普通の風景だったからです。「事務管理」(例えば、ある人物が、友人が遠い戦地で死亡してしまったとき、誰か他人から頼まれたりしなくても、自主的に、その友人の財産管理などの「残務整理」をやって差し上げること)などは、その「御世話」の最たるものでした。ここで、念のために申し上げておきますが、問題の委任の処理を巡って「訴訟沙汰」になり、敗訴してしまった人物(受任者)には、「破廉恥」の烙印が社会的に押されますから、「善意」に溢れた無償の奉仕にも、冷酷な、法の「御仕置き」が、用意されているのです。ここには、法に関して「ドライな」ローマ人の顔が、見えてきますね。

(4)以上は、独立人たちの間での話なのですが、一方、「家」内部での話としては、家長は、家外の人物と、例えば法的な関係を結ぶさい、その「家子(家息)」を自身の代わりとして表に立たせる、という事態も生ずるでしょうが、この者は、法的に言えば、家長の「伸びた手」として(つまり、家長の身体＝人格の一部として)機能しているだけなので、法的な意味での「代理」など、ここには成立しません。あくまでも、本人＝家長が主役なのです。

(5) これまでに解説してきた「代理」の仕組の中には、取り立てて法的技術が発揮された例があるわけではありませんが、比較的後の時代のこととして、筆者の言う「技術」が発揮された例が、あります。それは、ある人物の、自由人市民である「財産管理人」のポストにある人が、その管理地(例えば、市外にある農園)からく遠く離れたところにいるその人物のために、いわば「代理人」として法律行為を現地で取り行なうことが公認されるかたちになっている場合のことです。その管理人は、かつてその人物の奴隷であったのですが、幸いにも解放されて、その仕事をしている関係上、彼らの間に、習俗(ホンネ)上、身分的な隷属関係が成り立っていましたので、「ある市民と市民との間には、直接代理は成立することはない」というタテマエの例外として、特別な扱いが認められることになったのでしょう。ここには、制度(タテマエ)などにこだわらずに、実態(ホンネ)に着目して法を運用するする「法技術」が、必要上、開発されてきた例が、あります。

#### (七) 都市国家ローマと領域国家ローマ

(1) 歴史上、どこにおいても、古い時代の共同体というものは、まず、「集落・町・都市」の形態を、順次、取りながら、初期型の「国・国家」を築き上げていきます。これが、「都市国家(ポリス)」の基礎的な土台を構成しています。その手の国家は、無数の政治的な事実・実績(ホンネ)の積み重ねの上に、その姿・形を整え、やがて、都市共同体の政治全般を規制するようなルールを制度面で整備する「国制(国家の基本的な公的制度の総合体)」を保有する段階にまで、成長します。この国制を「タテマエ」と位置付けておきます。

歴史上ごく普通に見られるのは、元々小規模のものであった都市共同体の支配権を拡充・拡大する動きが活発になる現象ですが(これは、「攻撃は最大の防御である」という名言から察せられるように、国家の防衛本能に沿った動きです)、その一方で、支配領域を膨らませることなしに、本来の都市国家の伝統的な枠組＝国制(タテマエ)を堅持する政策を意識的に取る国家も、存在します。それが、古代ギリシアのアテナイで代表される「ポリス(都市国家)」です。比喩的に言えば、ここでは、「後ろ向きの、守りの姿勢」が取られるということに、なるでしょう。このような場合でも、国家展開の過程で、さまざまな意味合いの政治的な「ホンネ」が、自己主張をしてくる事態に直面して、「タテマエ」(国家の国制)の陣営が、必死にそれを抑え込む、といった構図が見えますね。その場合、「タテマエ」サイドが、やむをえず、「ホンネ」の圧力を素直に受け入れて、「ニュー・タテマエ」を構築して、妥協を図ることも、あるでしょう。

(2) これに対して、「前向きの、攻めの姿勢」を貫いていく国家も、あります。それが、共和政ローマです。ローマは、「都市国家」のタテマエ(システム＝国制)を温存しながら、ホンネ(現実の運用)の面で、巧妙に微調整をかぎりなく続けていく政治手法を取りました。譬えて言えば、「幹」に当たるローマ国制の部分(タテマエ)はそのままにしておき、「枝」(ホンネ)の部分を大きく成長させていったのです。もともと、元首という新しいパーソナリティーが登場してきた、「初期帝政」としての「元首政時代」が誕生した紀元前後の時代には、古来の共和政的なタテマエは、なし崩しに捨てられ、やがて、時代のホンネ(実勢)を直視した、「個人支配」の政治体制が、確立されます。これはごくナチュラルな動きと見てよいでしょう。

(3) 前七五三年に、「王政」のかたちを取って、建国を果たした「都市国家」ローマは、前六世紀に共和政へと移行します。その国家の「行政」の単位としては、その初期には、市内には四つの「トリブス(地区)」しか、ありませんでした。やがて、ローマが周辺の地域へと領土を拡大していった結果として、前三世紀中頃には、その数は、実に、三五にもなります。しかし、その後、トリブス数が固定されてしまい、以後、どれほど支配地が増えても、その住民の所属地(いわば、本籍)は、既存のトリブスのどこかに、一方的に、無理やりはめ込まれてしまいます。つまり、いくらその構成員の数が増えようとも、「比較的少数のトリブスの集合体」という、古い都市国家の構造は、しっかりと、維持されているわけです。

(4) さて、前一世紀に入ると、大規模な「同盟市戦争」でローマが優位を確立した結果、ローマは、北イタリアを除く、イタリア半島のほぼ全域を支配下に置き、ローマへの抵抗をやめた都市国家の連合体の住民のすべてにローマ市民権を付与しました。ここにきて、ローマは、「都市国家」から、広大な支配領域を抱える「領域国家」へと、完全に変貌します。

(5) アテーナイは、佐賀県ほどの領域に展開する「都市国家」でしたから、いわゆる「直接民主政」の方式を国家統治に採用することは、比較的容易でしたが、その一方で、領土が拡大した結果、現実問題としては「都市国家」の枠を大幅に破ってしまったローマには、「間接民主政(代議制)」の系統に属する方式を導入する道も、あったでしょうが、保守的なローマ人は、頑固に、「都市国家モデル」に、こだわり続けます。ローマには、「主権在民」といったモダンな発想になじむような状況は存在していませんけれども、それでも、歴史的に性格の違ったものとして成り立っている三つの「民会」(貴族と平民の対立の中で、勢力を高めた平民会は、第四の民会として、国政の表舞台に登場してきます)の一部は、政務官(公職者・政治家)を投票によって選出するとともに、その政務官が民会に提案する法案に賛成することを通じて、法律の制定

に關与するなどの重要な「国事」の担い手であることは、紛れもない事実です。ローマ市内でしか開催されない各種の「民会」に出席できない、ローマ本市から遠く離れた地域に住む、圧倒的多数の市民を抱えている国家は、もはや、「都市国家」のイメージから大きくかけ離れています。それでも、ローマ当局は、「その気になれば、ローマ本市の民会に出席することできるはずだ」という理屈（タテマエ）を持ち出して、「遠隔地にいるために、出席は不可能である」という現実（ホンネ）には眼もくれずに、平然と、「都市国家」的な統治を続けていったのです。このように、「都市国家」スタイルと「領域国家」のスタイルとの間にあるギャップを巧く利用して、政治的コストの低い国家統治を展開するのは、ローマ人には「お手のもの」でした。

#### （八）ローマ政務官制度のタテマエとホンネ

（１）実質面（ホンネ面）に着目して、ごく大ざっぱに表現すれば、紀元前六世紀の終わりから前一世紀まで、五〇〇年近くにわたって生命を保ち続けた共和政に関するかぎり、ローマという国は、表に立つ「政務官」と裏に控える「元老院」との二枚看板の絡み合いによって、大成長を遂げた国家です。

（２）タテマエでは、元老院議員を選定したり、元老院を招集したりする権限を保有している政務官が上位に立っているように見えますが、しかし、ホンネの部分では、「元老院の方が格上の存在である」という読みも、可能でしょう。以下に、前四世紀中頃によく制度的に固まった「政務官制度」の特徴を略記するとともに、筆者が「ホンネ」と考える諸要素を、いくつか、付言することにいたしましょう。

（３）政務官（一年任期の公職者＝政治家）は、現実政治の第一線に立つ存在なので、彼は第一級の「現場責任者」です。時代環境や政治情勢が日々変転する中で、多種多様なタイプのアクションを、各政務官は、それぞれの管轄の範囲で、日々展開していかなければなりません。

（a）市民の誰でも、立候補して、民会で毎年取り行なわれる選挙で当選すれば、政務官に就任できます。これがタテマエです。しかし、現実には（ホンネでは）、しっかりとした「票田」を握っている上流の貴族しか、選挙戦を戦い抜いて、そのポストに就くことはできません。つまり、政務官の取り仕切る世界は、「エリート支配」が貫徹されるところなのです。後代になりますと、平民にも、政務官となるチャンスが巡ってきます。これは、貴族と平民との間で何世紀にもわたって繰り広げられてきた「身分闘争」の成果として、平民が手に入れたものの一つです。

（b）政務官は、タテマエ上、無給の「名誉職」です。しかも、いくつもの段階で選挙戦を戦っていくには、多額の政治資金が、必要です。政務官活動への

見返り(ホンネ)となるのは、一年任期の満了後に、属州(一種の植民地)の支配者のポストに就き、そこで絶対的な権力を振うことによって、富を手に入れられることです。つまり、政務官は、「政治ビジネス」が御得意な人たちなのでした。

(c) 政務官は、公職者であると同時に、政治家でもあるのですが、その任期終了後に、終身制の元老院議員のポストに就くことができます。そこで、彼は自身の政治的経歴を完成させます。つまり、彼にとっては、「任期一年制」の政務官職への就任(タテマエ)は、単なる通過点なのですね。ローマ人の本当の出世(ホンネ)は、「ローマ政治の牙城」である元老院の議員の資格を得て、終身、その、陽の当る場所にいられることです。

(d) 政務官のポストには、執政官をトップとして、五つほど、あります。最も低い位置にある財務官職を手始めに、その一つずつを選挙の洗礼を受けながら、昇っていかねばなりません。これがタテマエですが、特別の政治状況(例えば、戦争状態)の下では、そのタテマエは破られて、ホンネ丸出しで、「枠外の」政務官も、登場してきます。

(e) かつての王政時代の王の後継者と位置付けられる執政官は、宗教的な分野を除くすべての領域をカヴァーする全権を、保有しています。これがタテマエです。したがって、二名編成の同格執政官の一方が他方の職務行為に反対しますと、後者は動きが取れません。そこが、王の場合との決定的な違いです。つまり、執政官は、互いに、いわゆる「拒否権」を持ち合っているのです。そのために、彼らのそれぞれが保有する権限は、ホンネとしては、限定的です。彼らは、「文武の大権」の保有者ですから、戦時には軍を率いて出陣します。戦場で軍の指揮を二人で取ると、意見の対立が生じてきて、軍事作戦上、危険な状況にもなりますので、「一日交代」のシステムが取られたとも、言われています。

(f) 戦争や内乱の発生という、国家の非常時には、特別政務官として、「独裁官」が任命されますが、彼は、「単独の」全権保持者です。しかし、その任期は、通常政務官の場合とは違って、六カ月間に限定されています。「全権保有」というタテマエは、「時間制限」というホンネによって制約を受ける、という構図が、ここに見て取れるかもしれませんね。

(g) 平民だけの集会である平民会をリードする護民官は、当初は、政務官の出世のコースから外れた、ホンネ世界の「実力者＝平民のボス」でしたが、後には、政治的な出世の過程(官職歴任階梯)にがっちりと組み込まれることによって、「タテマエ人」としての資格も、併せ持つことができるようになりました。退任後、彼は元老院議員になれるので、平民でも、執政官などの高級政務官のポストへの就任を経由して、立派に「官職貴族」となれるわけです。



(h) 政務官は、重任も、併任も、できません。このタテマエ（精度枠組）は、共和政末期の混乱の中で、ホンネ（実態）によって、浸蝕されます。

#### (九) ローマ市民権のタテマエとホンネ

(1) 「市民権」というのは、単純化して言えば、「国籍」です。現代の世界の実情を見渡してみますと、国籍を限定的にしか与えない、という、いわば「閉鎖型」の国家もあれば（わが日本は、そのグループに属するのではないのでしょうか）、「EU」の場合のように、国籍の枠を超える「EU市民権」のようなものを緩やかに設定している地域も、あります。もっとも、子供が、生まれたその国の市民権を簡単に取得できるという、リアルでシンプルな取り扱いルールを設けている国も、存在します。つまり、「国籍保有」の中味には、さまざまなスタイルが、あるわけです。現代では、国籍を保有している人だけで構成されているような国家など、ほとんどなくて、外国人を抱え込んでいる国家が、普通です。特に、最近になって、「政治的難民」が、一挙に、しかも大量になだれ込んでくる事態が、世界の各地で発生してきましたので、従来見られたような、厳密な「国籍観」では処理できないような、厄介な問題が発生しています。わが日本では、第二次大戦における敗戦の後においては、歴史的な由来により、「在日外国人」が、現代まで、ずっと、一定の存在感を示していますので、私たちは、「外国人問題」の重要性については、関心も知識も、それなりに持っているはずです。日本では、他国の場合と同様に、歴史時代から現代に至るまで、ずっと、「外国人(外人)」の処遇は、ホットな政治問題なのでした。

(2) 長い時間を掛けて、都市国家から世界帝国にまで成長したローマは、「市民権問題」に真剣に取り組み、色々な知恵を編み出して、成功した国家です。世界史の教科書の記述でおなじみの「カラカラ勅令(アントーニヌスの勅法)」は、その知恵の、一つの結晶です。カラカッラ帝の政治的決断により、何世紀にもわたる「市民権問題」に、ピリオドが打たれたからです(一説によりますと、彼がそのような市民権の大盤振る舞いをしたのは、単に、外人を市民に昇格させて、その人から「相続税」や「奴隷解放税」を取り立てるためであった、ということです)。つまり、領土内に居住するほとんどすべての住民に、ローマ市民権が付与されたのです。これがタテマエ上の処遇です。もっとも、この措置により新市民がローマ法の適用を一律に受けるようになったわけではなく、従来の市民権付与の場合と同じように、彼らは、それまで通り、本来の市民権を保持したまま、彼ら固有の法に従って生活することを、認められました。これがホンネ（現実）です。

(3) ところで、市民権を付与されるのは、他共同体の自由人市民だけでは、ありません。「物」にすぎない奴隷にも、市民権獲得のチャンスは、大いにあ

るのです(これに反して、アテナイでは、解放された奴隷は、「在留外人」のランクにしか、組み入れて貰えません)。前者の、他共同体市民に市民権を新たに付与スタイルは、公的で、特別な、「ヨコ型」のステイタスの上昇で、一方、後者の、法的には「物」にすぎない奴隷に市民権を付与するスタイルは、私的で、日常的な、「タテ型」の上昇ということになりますか。なお、奴隷は、主人によって解放されますと、タテマエ(システム)上は市民(正確に表現すれば、「半市民」)になりますが、しかし、現実には(ホンネでは)、旧主人に依然として従属する位置に置かれます。ですから、彼は、決して、「ピカピカの」ローマ市民ではないのです。

(4) さて、最もかたちの整った「市民権付与」は、新たに国家の構成員となった者に、公民権(端的には、民会での投票権)、通婚権(ローマ市民と、市民法上有効な婚姻を結ぶ権利)、通商権(ローマ市民と、市民法上有効な取引を行なう権利)が与えられる場合です。ここでは、新市民が元々保有していた市民権は、原則として、消滅することになっています。前七五三年に建国された「王政ローマ」は、王の追放によって終わりを迎えて、前五〇九年に「共和政ローマ」へと移行するのですが、その時代の初期には、戦争による「征服」もしくは「ローマによる覇権の確立」や、平和的な「編入」のルートで、先の「完全市民権」が他の共同体の市民に付与されることにより、「市民共同体」としてのローマの構成員の総数は、膨張していきます。

(5) しかし、ある時期から、おそらく、元老院の「知恵者たち」の発案によって、「ローマ市民権」の基本的要素を一部欠いたかたちの、いわば「劣格市民権」を付与してやるだけにする、という方式が考案されて、この方式が、市民権拡大政策の柱になっていきました。そこでは、ローマ当局(元老院がその中核です)が、市民権の内容上の「格差」や待遇上の「相違」を意識的に設けることによって、新たに支配下に組み込んだ他共同体を、効果的・効率に管理＝支配していくなどの「統治の知恵＝政治的な技術」が、巧みに展開されています。次に、そのパターンのいくつかを、取りまとめて、御紹介しておきましょう。

(a) ローマがその支配下に置いた、ある国家の市民に、「ローマ市民権」を一括付与してしまうのではなくて、その上層部(支配層)にだけ、特別に、これを「特権」として与えておく、という「市民分断政策」が、意識的に取られる場合・・・この「悪知恵」を通じて、その、新しい組織構造に切り替わった市民団内部に、不平等意識が植え付けられて、従来存在していた、国家のまとまりが失われてしまいます。そこが、ローマ当局の狙いなのでした。

(b) 公民権(端的には、民会出席権)を外したかたちで、通婚権と通商権だけが与えられる場合・・・「タテマエ論」からしますと、公民権が欠ける市民

権というのは、「公」の要素の薄弱な存在でして、値打ちが低いものなのですが、その一方で、「ホンネ論」からしますと、ローマ市民と婚姻関係を結んだり、彼らと正規の商取引ができたりすることは、眼に見えるところで、新市民に大いに利益をもたらすものです。つまり、この手の市民権付与にあっては、「私」の要素は充実しているのです。なお、元々のローマ人の場合でも、問題の公民権は、ローマが巨大化したことによって、すでに「空虚な」権利にまで格落ちしていましたから（ローマ本市から遠く離れた地域に住むローマ市民が、本市において開催される民会に出席することなど、容易なことではなかったためです）、このタイプの「劣格市民権」は、実質（ホンネ）論からすれば、新市民にそれほどひどい扱いをするものでは、ありませんでした。

（c）ローマ市民権が付与されるのと引き換えに、固有の市民権が消滅させられてしまう「吸収型」の方式と、固有の市民権を保有したままで、ローマ市民権が獲得される「並立型」の方式が、使い分けられる場合・・・後者の場合には、「二重市民権」が発生しますが、実際のところ、新たに市民となった人々は、これまで通り、固有の法に従って生活するのが普通でしたから、市民権付与によって、環境が一変したことには、ならないのです。頭の良い新市民は、きっと、二つの市民権を状況に応じて使い分けながら、世の中を巧く渡っていたことでしょう。

（d）市民権の「格付」に当たり、その内容について、上記のような、いくつかのパターンを設けておき、しかも、意識的に、互いに、隣接する共同体とは同じランクのものを与えないことにしておく場合・・・そのようにされたのは、各共同体が、それぞれ異なった歴史的由来（例えば、その都市が古くから存在していた、という点や、人種的な系列がローマの場合と違っている点）があったり、ローマへの「抵抗（反抗）度」に差があったり、ローマにとっての「重要性（利用価値）」が微妙に異なっていたりするという、「実質的な」事情が作用していたためであることは確かですが、それ以外に、それらの共同体が、互いに、「ねたみ・そねみ」や「ひがみ」持ち合って、牽制し合うことを利用して、それらに、連帯的な「反ローマ的な意識」を抱かせないようにする、「政治的な」狙いも、そこにはあったのではないかと、推測されます。

（6）ラテン語の有名なことわざに、<D i v i d e   e t   i m p e r a > というものが、あります。これを直訳すれば、「分けて、しかる後に、支配せよ」ということになります。その文中の「分けて」を、「分別して」の意味で受け止めれば、これは、先の市民権付与政策の姿に見える「差別化政策」と、重なってくるでしょう。その一方で、これを「分割して」に意味で受け止めれば、「分断作戦」に、関係してきます。実は、ローマは、後者のテクニックを見事に成功させた実績を誇る国です。その好例の一つが、前三三八年の「ラテ

ン同盟市戦争」の勝利の後に打ち出した「支配政策」の中に見られます。ローマは、軍事力を前面に押し出す勢力拡大の過程で、近隣の諸国家と対等の同盟関係を結び、「ラテン同盟」の盟主となりましたが、後に、同盟市グループの不満が爆発し、彼らは、ローマに対する武力蜂起を敢行しました。それをようやく鎮圧したローマは、ちょうど、鵜匠が何羽もの鵜を紐で操るように、各同盟市を別々に管理＝支配する作戦を、考え出します。支配下にある各同盟市は、同盟市間で「横」の関係を保つ（例えば、相互間で通婚権や通商権を持つ）ことをローマから許されず、分断されて、孤立化させられてしまいます。こうしておけば、ローマへの抵抗のエネルギーが殺がれると、ローマは見て取ったのでしょう。

（7）ところで、この「同盟市戦争」には、第二段がありました。これは、先のものとはスケールがまったく違う大戦争でして、戦いの勝負はなかなか付かず、それ以上戦えば「共倒れ」にもなりかねない危機に見舞われたローマは、基本政策を大転換し、相手方の市民すべてにローマ市民権を大盤振る舞いすることによって、何とか収拾の道を見出しました。この大英断により、北イタリアを除く、イタリア半島の大部分は、ローマ市民の住むところとなったのです。

（完）

#### 〔編集後記〕

筆者は、二〇一三年から、この二〇一八年に掛けての時期に、今回の「本編」を含めれば、結果として「五部編成」にもなった、この「ROMAHOPEDIA（ローマ法便覧）」シリーズの文字データを、幸いにも、京都大学図書館が管理する「レポジトリ・紅（くれない）」に、公開して頂きました。このタイプの、筆者の仕事は、これで完結です。そのデータ全体の字数は、三百万をはるかに超えるものになっているのですが、今になって、筆者は、その「長大さ」と「細かさ」に、正直に言えば、我ながら、驚き、呆れています。それでも、このさい、昔から、身分不相応に、「巨大なもの」に取り付くのが趣味だった筆者のことですから、実は、それほどのことでもない、今は、クールに受け止めておくことにいたします。わが京都大学の関係者の皆様には、深く感謝を申し上げるしだいです。とりわけ、一〇年ほど前まで、パソコンなるものにはまったく無縁な人間であった、「旧時代人」風の筆者が、厚かましくも、新技術に取り組んでいくさい、精神的にも、技術的にも筆者を支えて下さった、京都大学法学部図書室の、係長を始めとする、歴代の、多くの事務官の方々には、本当にお世話になりました。仕事の「幕引き」に当り、心からの感謝の気持を捧げます。なお、私ごとで恐縮ですが、わが妻・信子氏は、「巷のパソコ

ン超能力者（？）」として、日々、相談相手となってくれました。この人に、感謝の気持ちを籠めて、この、巨大な作品を捧げることにさせて頂きましょう。「懐の深い」彼女なら、きっと、素直に、これを受け取ってくれることでしょう。

ところで、個人的な話になりますが、これまで、出版各社の、優れた編集者の方々との「出会い」により、総計二〇数冊の「本」を出版することができた筆者が、なぜ、わざわざ、「データ方式」を活用して、自ら考えるところを公開するようになったのかについて、事情を御説明させて頂きます。この十数年ほどの間に、とりわけ、「古代ローマ法」という「特殊領域」を専攻分野とする、筆者のような、現役引退後の研究者には、相当な額の「自己資金」を用意しないかぎり、出版の道が閉ざされる、という状況に立ち至りましたので、退職後も、この二〇年ほど、昔とまったく同じペースで研究を続けている筆者には、新しい「発信ルート」を切り開いていくしか、選択の余地はありませんでした。しかし、物は考えようでして、どなたにも、いつでも、気安くアクセスできる「データ・ボックス」の方が、「本」よりも、「情報発信力」において優れている、という歴然たる事実に向ければ、今回の筆者の取組にも、それなりの利点があると、思えるようになりました。この、筆者の挑戦により、「災いを転じて福となす」ことができていれば、とても幸せなのですが。ちなみに、筆者の人生最後の（？）書物は、現代でも数少ない、良心的な出版社である「現代人文社」のトップである成澤壽信氏の肝いりで、つい最近に公刊された「タテマエ・ホンネ論で法を読む」（二〇一七年）です。これは、先のデータ作成の過程で生み出された作品ですから、「書物」と「データ」の間には、深い繋がりがあるわけです。

ところで、筆者が過去に公刊の機会に恵まれた書物作品の中には、一〇刷り以上ものかたちで、十数年にもわたって読まれた、「息の長い」作品や、数版にも及ぶ、計三万部ほどの販売実績を持つ作品や、現在でも、細々とした歩みながら、数年に一回、増刷りされている「辞典」などがありますが、今般の「データ群」は、「出版」に代わる、情報発信の「ツール」として、これからも、何とか、生命を保っていつてくれることでしょう。ありがたいことに、「ROMAHOPEDIA」シリーズへの、知的好奇心に溢れた人々のアクセス実績は、二〇一八年の春段階で、すでに、一万三千回を優に超えているだけではなく、これからもそのアクセスが途絶えるようなことはないものと、確信しておりますので、「超・後期高齢者」である筆者にも、未来に明るい展望が開けてきています。

どなたの手によるものかは、正確に知ることはできませんが、あの「ウィキペディア」には、「柴田光蔵」の項目が置かれており、そこには、かなり正確な「著作一覧」が付けられています（それ以外にも、筆者にとって興味深い「コ

メント」が、そこに、いくつか、見えています）。もし、この部分を御覧頂ければ、この「ROMAHOPEDIA」という作品全体が、筆者の仕事の「総集編」の一部としての性格を持っていることが、お判り頂けるでしょう。

振り返ってみれば、二二歳のときに、京都大学法学部の「学卒助手」として採用されて以来、六〇年もの間、非力ながら、研究に精進してきた筆者は、極論すれば、「オーソドックスな」ローマ法研究者（ロマニスト）とは言えない、一風変わった「動き＝軌跡」を示してきた人間です。この点について、「弁明」を兼ねて、少し、御説明させて頂きましょう。「ローマ法」という分野は、いわゆる「基礎法学」の一翼を担う、「法制史（法史）」という学問群に属する存在です。これには、「日本法制史」と、「東洋法制史」と「西洋法制史」という三部門があるのですが、わが「ローマ法」は、その「西洋法制史」の枠内の一部門を構成しています。それでも、この「ローマ法」が、明治維新以来の学問的伝統により、これまで、独特の、高い位置付けを受けてきた関係で、大学での講義においても、「西洋法制史」と並んで、「ローマ法」が教えられている場合が、現在でも、いくつかあります。日本の「ロマニスト（ローマ法研究者）」によって行なわれる研究や講義では、近代ヨーロッパの法・法制に大きな影響力を持っていた「ローマ法」の歴史的な価値を掘り下げること、伝統的に、重点が置かれていました。もちろん、筆者も、そのタイプの研究を軽視したわけではありませんが、それでも、元々、「歴史」一般に興味を強く抱いていた筆者は、「法の歴史」それ自体よりも、「歴史の中の法」というものに、より強い、学問的関心があり、その方面での分析に従事する仕事に、かなりの時間を割いてきています。つまり、一昔前の、面白い表現を用いますと、筆者は、結局のところ、「法科風の（つまり、法学部風の）」研究者（ホモー・ユーリディクス）ではなくて、「文科風の（つまり、文学部風の）」研究者（ホモー・ヒストリクス）だった、というわけです。筆者が、過去に、その時々、日本の「時事問題」を巡って、本を、いくつか、書き上げたことも、筆者の、そういった「歴史的な感性」の表われです。「歴史は現代的な問題意識によって書かれる」という見かたからすれば、「歴史家」の「はしくれ」である筆者が、「現代人（ホモー・ホディエルヌス）」として、現代史の真相に迫る試みをすることも、是認して頂けるのでは、と考えております。

さて、とりわけ研究者にとっては、「学び」の営みというものは、一生の間、間断なく続いていくものなのですが、この八〇歳代において、この先、筆者が、「老いの学び」を踏まえて、どのようなかたちの「情報発信」をすることができるのかについては、まだ答えは、出せておりません。なぜかよく判りませんが、筆者は、「ただ学ぶ」という「内面的な」営みでは、どうしても、満足できず、「外向きに仕事をする」ことが生活の「癖」になっているという、「偏狭な学問

観」に取り付かれた人間です。そのことへの反省も籠めて、ここしばらくは、「勉強」の世界から離れて、ナチュラルな「一生活人」として、文字通り、「身辺を整理する」という仕事に精を出したいと、心に決めています。幸いにも、その「潜伏期間(?)」が無事経過した時点で、ごく雑然とした内容の、「ローマ法徒然草」ないしは「あるローマ法研究者の日記」というタイトルの書きものや、多少とも内容の濃いタイプの、「古代ローマの政治的な技術・点描」といったタイトルの書きものを、「ホームページ」ないしは「フェイスブック」のルートで発信できる、技術的な準備が整うところまで、筆者の技術力と精神力が到達できるようになっていれば、ラッキーなのですが、さてどうなることでしょうか。あまりにも良い「眼」を天から授けられていたために、よりによって、超高齢になってから、「恐るべき」道具である「パソコン」なるものに立ち向かうという「暴挙」に出た筆者は、その報いを見事に受けて、「眼力の急激な低下」という事態に見舞われましたので、これからは、大切な眼をいたわりながら、機会を見付けて、細々と、ほんの「小品」を、断片的に、書き綴ることで、失礼ながら、「お茶を濁して」いくつもりです。そのさい、かなりの方が実践されているように、著者と読者の方々との「交流」の場が、少しでも得られる、という、筆者個人にとっての「新システム」を用意できればと、念願しております。それでは、「お会い」できる日が訪れることを心から祈念して、ここで筆を収めることにさせていただきます。長期間にわたるお付き合い、本当にありがとうございました。平成三〇年四月吉日 八一歳の年に

「ローマ法の語り部・現代法の語り部」

柴田光蔵 (TEL. 075-711-1637)